

Responsabilité des Bailleurs de Fonds de Commerce envers les Créanciers de leur Locataire

THÈSE pour le Doctorat

présentée et soutenue par

Pierre ZARKA

Diplômé de l'Ecole des Hautes Etudes Commerciales

1942

Imprimerie de "L'Eclaireur de Nice"
21, Rue Meyerbeer, 21
NICE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ZARKA (Pierre)

Responsabilité des bailleurs
de fonds de commerce envers
les créanciers de leur locataire.

Nice, Imp. de L'Eclaireur de
Nice. 1942, 8° 256 p.

(Thèse Droit, Aix 1942).

ZARKA (Pierre)

Responsabilité des bailleurs
de fonds de commerce envers
les créanciers de leur locataire.

Nice, Imp. de L'Eclaireur de
Nice. 1942, 8° 256 p.

(Thèse Droit, Aix 1942)

ZARKA (Pierre)

Responsabilité des bailleurs
de fonds de commerce envers
les créanciers de leur locataire.

Nice, Imp. de L'Eclaireur de
Nice. 1942, 8° 256 p.

(Thèse Droit, Aix 1942).

ZARKA (Pierre)

Responsabilité des bailleurs
de fonds de commerce envers
les créanciers de leur locataire.

Nice, Imp. de L'Eclaireur de
Nice. 1942, 8° 256 p.

(Thèse Droit, Aix 1942).

À la mémoire de ma Mère

À mon Père

**Responsabilité des Bailleurs
de Fonds de Commerce
envers les Créanciers
de leur locataire**

Responsabilité des Bailleurs de Fonds de Commerce envers les Créanciers de leur Locataire

THÈSE pour le Doctorat

présentée et soutenue par

Pierre ZARKA

Diplômé de l'Ecole des Hautes Etudes Commerciales

1942

Imprimerie de "L'Eclaireur de Nice"

21, Rue Meyerbeer, 21

NICE



PERSONNEL

- MM. RAYNAUD, * §§ I., Doyen, Professeur d'Economie Politique.
DUMAS, §§ I., Assesseur, Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.
BRY, * §§ I. ¶, Professeur de Droit Romain.
LEBRET, §§ I. ¶, Professeur de Droit Criminel.
AUDINET, * §§ I. ¶, Professeur de Droit Civil.
JAUFFRET, §§ I., Professeur de Droit Commercial.
DURAND, §§ I., Professeur de Droit Administratif.
TROTABAS, §§ I. ¶, Professeur de Droit Constitutionnel.
P. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, §§ I., Professeur de Droit International Public.
KAYSER, Professeur de Droit Civil.
MACQUERON, Professeur sans chaire.
STEFANI, §§ A., Professeur à la Faculté de Strasbourg, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
CABRILLAC, Professeur de Droit Civil.
MARCY, Agrégé.
REUTER, Agrégé de la Faculté de Droit de Poitiers, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
CHARLIER, Agrégé.
BERTRAND, chargé de cours.

PROFESSEURS HONORAIRES

- MM. AULAGNON, * §§ I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
CREMIEU, * §§ I., Professeur à la Faculté de Droit d'Aix.
LABORDE-LACOSTE, * §§ I., Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.
PERROUD, * §§ I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
RIPERT, * §§ I., Doyen de la Faculté de Droit de Paris.
Secrétaire : M. DELAPORTE, §§ I.

L'Université et la Faculté n'entendent donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE ⁽¹⁾

- ABRAM. — L'affréteur qui a choisi le capitaine est-il responsable des engagements et des faits de celui-ci, en vertu de l'article 1384? *Rev. int. du dr. marit.*, t. XXII, 1906-1907, p. 559.
- AUBRUN. — Note D. P., 1919.2.65.
- BERTRAND (Ed.). — Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 nouveau du Code Civil. Thèse Aix, 1935.
- BOUTAUD et CHABROL. — *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*. Paris, 1905.
- BUISSON. — *Le statut légal des fonds de commerce*. Paris, 1934.
- BULLETIN de la Société d'Etudes législatives 1936, p. 66.
- CALASTRENG. — La relativité des conventions Etude de l'article 1165. Thèse Toulouse, 1939.
- CAPITANT. — Note D. P. 1935.1.97.
- CENDRIER. — *Le fonds de commerce*, 6^{me} édit., par Robert Martin et René Maus. Paris, 1934.
- CHAUVEAU. — *Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation*. Propos sur le contrat de gérance libre. *Chronique D. H.* 1939, p. 37.
- CHÉRON. — Notes D. P. 1931.2.15; 1932.2.20.
- COHEN. — *Traité des fonds de commerce*. Paris, 1937.
- COMPIN. — *Le fonds de commerce et la jurisprudence contemporaine*; *Journal des Notaires* 1931, p. 312.
- COURSOLLE. — *Chronique Gaz. Pal.* 1939.1.18.
- CREMIEU. — *De la gérance d'une entreprise commerciale*. *Ann. de dr. comm.* 1909, p. 474.
- DELALANDE. — *Usufruit d'un fonds de commerce*. Thèse Bordeaux, 1922.
- DEMOGUE. — *Chronique de jurisprudence*: *Rev. trim.* 1923, p. 774; 1926, p. 1057; 1929, p. 130 et p. 426; 1930, p. 408; 1931, p. 458; 1932, p. 746 et p. 1190; 1933, p. 135 et p. 897; 1934, p. 147.
- DEMONTÈS. — *Examen doctrinal de jurisprudence*. *Rev. crit.* 1937, p. 37.
- DEMONTÈS et JAUFFRET. — *Code de commerce annoté*. Paris, 1936.
- DES GOUTTES. — *Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé*. Thèse Genève, 1938.

(1) Les traités généraux qu'on désigne habituellement en note par le nom de leurs auteurs, sans autres mentions bibliographiques, ne sont pas relevés dans cette liste.

- DESSERTAUX. — Examen de jurisprudence. *Rev. Crit.* 1939, p. 393.
- DUPRÉ. — De la responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les fournisseurs. Etude de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909; *J. des Notaires* 1936, p. 761 et s.
- ESCARRA et RAULT. — Principes de droit commercial, t. I. Paris, 1934.
- FLEURY. — Les sociétés de gérance. Thèse Poitiers, 1932.
- FOIRET. — *Journal des Notaires* 1933, p. 1131; 1936, p. 426; 1940, p. 135.
- GARY. — Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel. Thèse Bordeaux, 1931.
- GIL-BAER. — Quasi-aliénation de fonds de commerce. Louage-gérance et gérance-vente. Paris, 1929.
- GIRAUT. — L'apparence, source de responsabilité. Thèse Paris, 1937.
- GOMBEAUX. — Notion juridique de fonds de commerce. Thèse Caen, 1901.
Le *Registre du Commerce*, *Ann. de dr. comm.* 1921, p. 15.
- GRANGER. — Gérance et location de fonds de commerce. Thèse Paris, 1929.
- GRUNZWEIG. — Le fonds de commerce et son passif propre. Thèse Bruxelles-Paris, 1938.
- GUILHOT. — Les gérances de fonds de commerce en droit fiscal. Paris, 1926.
Sem. jur. 1931.260.
- JOSSERAND. — Note *D. P.* 1934.1.7.
- LABBÉ. — Note *S.* 1893.1.281.
- LACAT. — *Sem. jur.* 1939, n^{os} 944 et 1133.
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial. 3 vol., 2^{me} édit. Paris, 1921-1924.
- LALOU. — Mise en gérance de fonds de commerce. *Chronique D. H.* 1928, p. 25.
- LAURENT (J.-Ch.). — L'apparence dans le problème des qualifications juridiques. Thèse Caen, 1931.
Note *D. P.* 1931.1.43.
- LEVILLAIN. — Note *D. P.* 1878.1.193.
- MAGNIN. — Essai sur le nantissement des fonds de commerce. *Ann. de dr. comm.* 1899, p. 387.
- MARTIN (R.) et René MAUS. — Traité théorique et pratique des baux commerciaux, 1^{re} édit. Paris, 1928; 2^{me} édit. Paris, 1934.
- MAZEAUD (L.). — Note *D. P.* 1929.2.33.
- MAZEAUD (L. et H.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 3^{me} édit. Paris, 1938, t. I. *Chronique de jurisprudence. Rev. trim.* 1939, p. 770.
- MONTIER. — Notes *D. P.* 1928.2.181; *D. P.* 1935.2.37.
- MONTIER et FAUCON. — De la vente et du nantissement de fonds de commerce, 4^{me} édit. Paris, 1934.

- PAPP. — La nature juridique du fonds de commerce. Thèse Paris, 1935.
- PERCEROU. — Rapports et séances. Bulletin de la Société d'Études législatives 1903, p. 106 et s.
Note D. P. 1910.1.233.
- PICARD. — La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine. Rev. trim. 1921, p. 419 et s.; 1922, p. 5 et s.
- RAYNAUD (P.). — Le contrat de location de fonds de commerce. Rev. crit. 1936, p. 546.
Rev. gén. de dr. commun. 1939, p. 785.
- RIPERT. — Droit maritime, 3^{me} édit., 3 vol. Paris, 1929-1930.
Précis de droit maritime. Paris, 1939.
Notes D. P. 1912.1.217; D. P. 1940.1.5.
- RIPERT et TESSEIRE. — Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit français. Rev. trim. 1904, p. 727.
- RIVAL. — Sem. jur. 1939, n° 89.
- ROUAST. — L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile. Rev. trim. 1922, p. 35.
Note D. P. 1924.1.125.
- ROUBIER. — Droits intellectuels et droits de clientèle. Rev. trim. 1935, p. 251.
- ROURE. — Gérance de fonds de commerce. Thèse Aix, 1929.
- ROUSSEAU. — Notes S. 1934.2.172; 1935.1.129; 1936.2.35; 1939.1.9.
- SAVATIER. — Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. Rev. trim. 1934, p. 525.
- THIBAUT. — De la vente et du nantissement de fonds de commerce. Paris, 1910.
- THIRY. — Rev. crit. 1854, p. 444.
- TROUILLER et Adolphe LACAN. — La location-vente et les contrats qui s'y rattachent. Paris, 1934.
- VALÉRY. — Maison de commerce et fonds de commerce. Ann. dr. comm. 1902, p. 224.
- VERNEAUX. — Recueil de législation de Toulouse 1906, p. 556 et s.
- VOIRIN. — La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie. Rev. trim. 1930.
Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail de fonds de commerce. Rev. trim. 1931, p. 306.
Note D. P. 1929.2.82.
- WEILL (Alex). — Le principe de la relativité des conventions en droit privé français. Thèse Strasbourg, 1939.
-

INTRODUCTION

§ 1. — COMMENT SE POSE LE PROBLÈME

La question que nous nous proposons d'étudier est la suivante : le propriétaire d'un fonds de commerce donné en location doit-il être tenu des engagements de son locataire et peut-il être poursuivi par les créanciers de ce dernier ?

La difficulté vient d'abord de ce que la notion de fonds de commerce est relativement récente.

C'est un bien d'une nature nouvelle, caractéristique. Les principes généraux posés par le Code civil en matière de contrats ne pouvaient s'appliquer entièrement aux contrats portant sur des fonds de commerce.

Une adaptation a été réalisée par la loi du 17 mars 1909 pour la vente et le nantissement. Mais le législateur s'est volontairement abstenu de choisir entre diverses conceptions théoriques. Il a limité son intervention aux intérêts pratiques qu'il était nécessaire de régler et seulement à propos de la vente et du nantissement.

La question de la nature juridique du fonds de commerce se pose déjà dans les rapports du propriétaire exploitant et de ses créanciers. Y a-t-il un passif propre au fonds de commerce ? Est-il un patrimoine d'affectation, une universalité ?

Ces problèmes déjà difficiles, bien que semble-t-il résolus en droit positif français, trouvent un intérêt accru dans le cas où le propriétaire n'exploite pas lui-même.

Le plus souvent, les faits se présentent ainsi : les créanciers du locataire n'ayant pu obtenir le paiement de leurs créances parce que le locataire est en faillite, ou pour une autre raison, entendent rendre responsable des fournitures effectuées le propriétaire du fonds.

Quelquefois aussi le problème se présente dans les circonstances suivantes : le fonds, après avoir été loué est vendu à un autre qu'au locataire, le créancier du locataire fait opposition au paiement du prix de vente, le propriétaire se présente alors comme demandeur et la question qui se pose est de savoir si l'opposition a été faite à juste titre ou si, au contraire, elle a été faite à tort et sans droit, par conséquent si la mainlevée sollicitée doit en être ordonnée.

Cette question est certainement la plus importante qui se pose à propos de la location de fonds.

L'intérêt pratique est d'autant plus considérable que nombreuses sont les situations où le propriétaire ne peut pas exploiter lui-même ou bien celles où il a un intérêt légitime à donner son fonds en location.

Le contrat de location est particulièrement utile quand il s'agit d'assurer au profit d'un mineur la continuation d'une entreprise commerciale (1). La loi n'a pas spécialement prévu ce cas. Il est impossible d'habiliter un mineur à faire le commerce avant l'âge de dix-huit ans ; de plus, un tuteur ne peut jamais, dans notre droit, exercer le commerce au nom et aux risques de son pupille.

Si un commerçant meurt, ne laissant que de jeunes enfants, sera-t-on dans la nécessité de vendre l'établissement paternel et de fermer ainsi au mineur l'accès de la carrière qui semblait tout indiquée pour lui et qui présentait de grands avantages ? Si la mère est encore vivante, il est probable qu'elle consentira, en pratique, à continuer l'exploitation en son propre nom jusqu'à ce que son fils ait atteint l'âge voulu.

Elle profitera des bénéfices de cette exploitation, de même qu'elle en courra les risques de perte sur sa fortune personnelle. Le mineur, bien que restant propriétaire de l'établissement compris dans la succession de son père, n'aura pas la qualité de commerçant, puisqu'il n'exploitera pas lui-même.

(1) V. LACOUR et BOUTERON: *Précis de droit comm.*, T. I, n° 99.

Si la mère n'existe plus, le tuteur pourra donner, avec l'autorisation du conseil de famille, le fonds en location à un tiers ; celui-ci l'exploitera pour son compte, en payant un loyer ou une redevance jusqu'à ce que le mineur puisse être habilité (2).

Le tuteur lui-même pourrait devenir locataire du fonds, en traitant avec le subrogé-tuteur, moyennant l'autorisation du conseil de famille. Ce droit lui est reconnu par l'article 450 C. Civ.

Cependant, la location de fonds a l'inconvénient de ne pas assurer au mineur l'intégralité des bénéfices. Cette combinaison ne peut avoir d'intérêt que si l'on est sûr que le mineur ne sera pas tenu des risques de l'exploitation.

Il existait une pratique qui semble avoir, aujourd'hui, disparu (3) : les sociétés qui manquaient des fonds nécessaires pour continuer leur exploitation, ne pouvant recourir à une augmentation de capital ou à une émission d'obligations, et ne voulant pas se mettre en liquidation, louaient l'établissement qu'elles exploitaient à une société constituée dans ce but, moyennant une participation aux bénéfices.

La location présente aussi un intérêt d'ordre fiscal, les droits de mutation de fonds de commerce sont, en effet, très onéreux. Leur taux est de 8,50 pour 100 sur le prix des éléments incorporels et du matériel et de 2 pour 100 sur le prix des marchandises (4). Selon une expression imagée (5), ce contrat est un moyen « d'échapper à certaines obligations fiscales aussi métalliques que déplaisantes ». L'amateur qui ne dispose pas des capitaux nécessaires préfère provisoirement le louer ; il se réserve ordinairement une option d'achat qu'il exercera au moment qui lui paraîtra opportun.

(2) PLANIOL et RIPERT, t. I. *Les personnes*, par SAVATIER, n° 589 ; THALLER et PERCEROU : *Tr. élém. de droit comm.* (6^e édit.), n° 152 ; LACOUR et BOUTERON, *op. et loc. cit.* La nécessité de l'autorisation du conseil de famille est toutefois discutée.

(3) V. BOUTAUD et CHABROL : *Traité des fonds de commerce* n° 424 en note ; FLEURY : *Les sociétés de gérance*, thèse, Poitiers 1932, p. 97.

(4) Code de l'enregistrement 27 déc. 1934. Bull. lég. Dalloz, 1184-1229.

(5) V. Bulletin Soc. Et. Lég. 1936, n° 53.

S'il ne veut pas lever l'option, le locataire cède son droit d'exploiter le fonds et son option à un tiers. Ce dernier pourra opérer de même, et ainsi de suite, jusqu'à ce que l'option soit levée.

Ainsi, malgré la pluralité des exploitants, seule la dernière transmission fera l'objet d'un acte de vente. Les exploitants intermédiaires, bien que subissant les risques de l'exploitation, seront dans la situation de locataire.

Sans le secours de la location, il aurait fallu procéder à des ventes successives sur lesquelles auraient été perçus les droits de mutation. La location, lorsqu'elle est consentie dans ce but, est une vente dans l'esprit du propriétaire. C'est pourquoi celui-ci procède d'instinct à la publicité prévue par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909.

§ 2. — ÉVOLUTION DU PROBLÈME

Le problème de la responsabilité au propriétaire vient surtout de ce qu'on ne procède presque jamais à la vérification des qualités des parties, alors qu'en matière civile cette vérification a lieu pour les contrats importants, et souvent avec le concours des notaires.

Si ce problème est étranger au bail des exploitations rurales, c'est parce que les opérations auxquelles elles donnent lieu n'exigent pas la même rapidité ; les tiers ont le temps de prendre des renseignements. Ce genre d'exploitation a beaucoup moins besoin de crédit que les exploitations commerciales ; le crédit qui leur est consenti est à court terme, gagé sur les fruits récoltés, sur le point d'être vendus ; les vendeurs de biens mobiliers ont le privilège conféré par l'art. 2102.4° C. Civ., qui n'est pas éteint par la déconfiture de leur débiteur ; enfin, si un crédit plus large leur est nécessaire, notamment pour l'achat de machines agricoles, ou pour entreprendre des travaux à rendement éloigné, les fermiers peuvent recourir à des organismes spéciaux de crédit agricole.

La question était résolue en droit romain. Il existait à Rome une institution qui se plaçait entre les contrats actuels de gérance

salariée et de location (5 bis); le propriétaire d'une entreprise commerciale pouvait en confier l'exploitation à un esclave. S'il désirait restreindre sa participation aux risques de l'affaire, il faisait savoir que l'esclave se livrait au commerce, sinon sur son ordre, du moins avec son consentement; ainsi, il devenait créancier de l'esclave, et en cas de suspension des paiements de ce dernier, il venait au marc le franc sur le pécule avec tous les autres créanciers.

Des affiches (proscriptiones) étaient placardées dans le local où le commerce s'exerçait pour renseigner les tiers sur la nature des rapports entre le maître et l'esclave. Cet esclave était désigné sous le nom d'institor. Le tiers avait un double recours contre le maître et contre l'institor, si le maître ne s'était pas expressément exonéré. A partir du II^e siècle, on a donné au maître une action directe contre le tiers, s'il n'a aucun autre moyen à sa disposition pour sauvegarder ses intérêts.

La question semble avoir été complètement inaperçue dans l'ancien Droit français.

Les premières manifestations que l'on en trouve en France, d'ailleurs rares, se placent au XIX^e siècle. Notamment, il a été soumis à la Cour de cassation une espèce qui se présentait dans les circonstances suivantes :

A Alger (6), il existait une législation spéciale et formelle remontant aux premiers temps de la conquête, et qui obligeait les acheteurs de fonds de commerce à faire une publication des actes de ventes, analogue à celle qui était prescrite par l'usage en vigueur à Paris. Un arrêté du gouverneur général du 19 décembre 1831 déclarait que l'acheteur de toute boutique ou fonds de commerce situé dans la ville d'Alger resterait chargé, nonobstant la vente qui en serait faite, des dettes contractées par le vendeur, relativement à ce fonds de commerce, soit pour loyer, soit pour fournitures de marchandises, à moins que le vendeur et l'acheteur n'aient donné communication

(5 bis) V. VALÉRY: « Maison de commerce et fonds de commerce » (Ann. Dr. Comm. 1902, p. 224).

(6) V. la note sous Req. 21 nov. 1881, D. P. 1882.1.165.

de la transaction par voies d'affiches à la Chambre de Commerce d'Alger, et qu'ils n'aient déposé et affiché un extrait de l'acte de vente au greffe de la Cour de Justice. Cet arrêté avait été abrogé par décret du 16 septembre 1874.

Dans l'espèce soumise à la Chambre des Requêtes, le 21 novembre 1881 (7), le propriétaire d'un fonds de commerce sis à Alger avait vendu son fonds à réméré et en était resté locataire. L'acheteur n'avait donné aucune publicité à ce contrat et avait été condamné par le Tribunal de Commerce d'Alger solidairement avec son vendeur au paiement des marchandises fournies.

Le pourvoi se fondait sur l'abrogation mentionnée plus haut pour soutenir que le jugement avait violé le dernier décret. La Cour a repoussé ce moyen, car le jugement n'avait pas appliqué l'arrêté du 19 décembre 1831 ; il avait seulement appliqué les principes généraux en matière de responsabilité civile.

En dehors de cette décision, la Cour de Cassation n'avait pas eu à se prononcer.

La jurisprudence était très divisée et on assistait à une vive controverse entre les différentes chambres de la Cour d'Appel de Paris. La divergence de ces différentes décisions s'explique par les circonstances particulières à chaque espèce. La jurisprudence a souvent montré un certain dédain des règles essentielles du droit des obligations. Si quelquefois des décisions ont estimé que le propriétaire n'était pas tenu, en l'espèce, des dettes du locataire, elles l'ont fait avec des motifs tels qu'elles paraissaient exceptionnelles, et qu'en toute autre circonstance il semblerait normal de penser que les juges auraient reconnu cette responsabilité.

Le Tribunal civil de la Seine (8) avait jugé qu'il était difficile de comprendre qu'un fonds puisse être donné en location.

Dans une espèce soumise à la Cour de Paris (2^e chambre), le 24 mars 1926 (9), il était question d'un contrat qualifié de gérance,

(7) Req. 21 nov. 1881 précité.

(8) Seine Civ. 7 déc. 1927 (Gaz. Pal. 1928.2.401 sous-note b).

(9) Paris, 24 mars 1926 (2^e ch). (Gaz Pal. 1926.2.20.)

sans qu'il fût précisé si c'était une gérance libre ou salariée; il était stipulé que le fonds de commerce serait exploité aux risques et périls du seul gérant,, que celui-ci acquitterait tous les frais afférents à l'exploitation du dit fonds, et notamment le loyer, les contributions, la patente, qu'il continuerait les contrats d'assurance, qu'il ferait son affaire personnelle des déclarations pour modifications de patente et de licence, qu'il gérerait comme bon lui semblerait, et qu'enfin le propriétaire du fonds s'interdit de se rétablir, créer, gérer directement ou indirectement un établissement similaire dans un rayon déterminé. La Cour a estimé qu'elle avait à choisir entre les contrats de cession ou de mandat, elle n'a pas envisagé l'hypothèse de la location. Se reconnaissant le pouvoir de restituer aux contrats leur caractère intrinsèque et véritable à travers les apparences dont les parties ont revêtu leurs conventions, elle a jugé qu'il y avait cession, alors qu'en réalité il y avait location.

Par là-même, les créanciers du locataire pouvaient saisir le fonds puisque le locataire a été considéré comme propriétaire. En vérité, c'était d'une manière indirecte admettre la responsabilité du bailleur pseudo-cédant.

L'annotateur approuve cet arrêt, car, écrit-il, le prétendu gérant exploitait pour son compte personnel, ce qui est absolument contraire aux règles du mandat. Si l'on peut admettre que le mandat soit conféré dans l'intérêt du mandataire et du mandant, le mandat ne peut être donné dans l'intérêt exclusif du mandataire ; la qualification de gérance, poursuit l'annotateur, n'avait évidemment été donnée au contrat que pour tourner la prohibition de céder ou sous-louer sans l'autorisation du propriétaire de l'immeuble. A notre avis, ce terme de gérance était simplement utilisé pour désigner, conformément à l'usage, une location.

M. Demontès (10) est sévère pour cette jurisprudence qui a reconnu la responsabilité du propriétaire, et qualifie cette « persévérance dans l'erreur » de « chose particulièrement curieuse ».

(10) DEMONTÈS : « Examen doctrinal de jurispr. ». (Rev. Crit. 1937, p. 33.)

« Comment peut s'expliquer une pareille aberration du sens juridique ? La réponse ne peut être simple, différents facteurs sont entrés en jeu. Aucun d'eux n'a, bien entendu, de valeur suffisante pour entraîner une conviction quelconque contraire à l'application du droit commun. Les contrats de location sont souvent fort mal rédigés par des gens qui — en vertu de la formule bien connue qui veut que les commerçants connaissent les affaires mieux que les juristes — ne prennent pas garde que des stipulations se contredisent, laissent planer un doute sur le véritable caractère du contrat, et voient, un jour, ce doute savamment exploité contre eux par les créanciers de leur locataire. » (11).

Les difficultés proviennent, sans doute, de la rédaction que les parties donnent au contrat ; « la mode des locations s'est établie surtout sous l'empire de préoccupations fiscales qui modifient, déforment et masquent les conventions civiles comme le fard sur le visage des femmes ; il n'est pas surprenant que la vérité soit difficile à découvrir sous ces artifices savants » (12).

L'indécision qui plane autour de ce contrat et les critiques violentes des auteurs sont dues à la nature spéciale du fonds de commerce :

« Le Code Civil n'envisage le contrat de location qu'autant que son objet est une chose corporelle, aucune des règles qu'il donne n'est applicable à la location de biens incorporels ; dès lors, si l'esprit juridique peut concevoir une telle variété de location, la construction n'est pas très utile, puisqu'elle ne sert pas à dégager les règles qui seraient applicables au contrat. Si on se contente, enfin, de dire que cette gérance libre est un contrat d'un type nouveau créé par la pratique sur le seul soutien de la liberté contractuelle, on est obligé de reconnaître que ce contrat, parfois qualifié d'innomé, ne suit pas dans la pratique des règles assez précises pour qu'on puisse, au cas de difficultés d'application, faire appel pour les résoudre aux usages du commerce. » (13).

(11) DEMONTÈS, op. et loc. cit.

(12) FOIRET : J. des Notaires 1936, p. 426.

(13) RIPERT, note D.P. 1940.15.

D'autres auteurs (14) estiment, au contraire, que les règles du louage de choses ne sont pas modifiées lorsque la location porte sur un meuble incorporel.

L'équivoque qui existe dans l'esprit des tiers proviendrait du fait qu'étant donné le caractère incorporel du fonds de commerce, il n'y a pas de signe matériel indubitable du contrat comme dans le louage de choses corporelles (15). C'est pousser un peu loin, nous semble-t-il, les conséquences du caractère incorporel du fonds de commerce.

Nous avons déjà, par ces simples notes, une idée de la complexité juridique du problème. Aussi semblait-il nécessaire que la Cour de Cassation, dans des arrêts de principe, prenne position. Elle l'a fait par une série d'arrêts à dater de 1938.

Le premier arrêt, rendu le 8 mars 1938 par la Chambre Civile (16), n'a pas été retenu comme décision de principe. Il s'agissait de l'espèce suivante :

Le propriétaire d'un café avait donné son fonds à bail, puis le locataire avait cédé à un tiers son droit de location, et leur a vendu, en même temps, un matériel qu'il avait acquis ; ce matériel, s'il faisait partie du fonds, n'en constituait qu'un élément particulier. La Cour de Cassation a dénié au créancier de l'ancien locataire le droit de suivre, contre le nouveau locataire, la procédure de surenchère organisée par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909, en vue de l'adjudication publique du fonds dont la propriété paraissait n'être jamais sortie du patrimoine du propriétaire, il n'était pas établi que les parties aux actes eussent entendu dissimuler une véritable vente de fonds de commerce sous la fausse qualification de louage.

Cette décision n'était pas motivée seulement parce qu'on ne peut pas poursuivre un tiers pour une obligation à laquelle il n'était pas

(14) CENDRIER: « Le fonds de commerce » (6^e édit.) par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 629.

(15) V. P. RAYNAUD: « Le contrat de location de fonds de commerce » (Rev. Crit. 1936, p. 606).

(16) Civ. 8 mars 1938 (Gaz. Pal. 1938.1.756, D. H. 1938-225).

partie, mais aussi parce que la surenchère de la loi du 17 mars 1909 ne peut s'appliquer qu'au cas où il y a cession de la totalité du fonds, c'est pourquoi les auteurs n'ont pas retenu cet arrêt comme se rapportant directement à la question de la responsabilité du propriétaire de fonds à raison des engagements de son locataire.

Mais l'intervention tant demandée de la Cour de Cassation s'est produite dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 décembre 1938, suivi à quelques semaines de deux autres arrêts (17) : « Il serait souhaitable, écrivait M. Demontès (18) que, cessant de voir dans l'interprétation des contrats une simple question de fait, celle-ci (la Cour de Cassation) distingue de la simple interprétation l'opération plus profonde de la qualification (ce qu'elle appelle d'ailleurs la dénatura-tion des clauses du contrat), et que venant un jour à donner au contrat de gérance libre sa véritable qualification de louage de choses, elle permette par là-même de repousser la mise en cause du propriétaire du fonds lorsque celui-ci n'est qu'un simple bailleur pour les créanciers de son locataire. »

La Chambre des Requêtes n'a-t-elle pas dérogé à ses habitudes, lorsqu'elle a rendu l'arrêt du 6 décembre 1938 ? Une tradition veut, en effet, que lorsqu'un cas incertain se présente pour la première fois devant la Cour de Cassation, la Chambre des Requêtes prononce l'admission du pourvoi et laisse à la Chambre Civile le soin de dire le droit. Si la Chambre des Requêtes n'a pas observé cette procédure, c'est que, dans l'esprit des magistrats qui ont rendu cet arrêt, la solution ne pouvait faire aucun doute, ce serait aussi parce que la portée de cet arrêt est extrêmement restreinte (19).

On ne peut affirmer, écrit M. Ripert (20), que les trois arrêts de la Cour de Cassation soient suffisants pour répondre d'une manière absolument précise à toutes les questions relatives à notre sujet :

(17) Req. 6 déc. 1938, S. 1939.1.9., D.P. 1940.1.5; Req. 22 fév. 1939, D.P. 1940.1.5, S. 1939.1.39; Gaz. Pal. 1939.1.780; Civ. 28 fév. 1939, D.P. 1940.1.5.

(18) DEMONTÈS: « Examen doctrinal de jurispr. » (Rev. Crit. 1937, p. 39).

(19) V. note ROUSSEAU S. 1939.1.9.

(20) RIPERT. Note D.P. 1940.1.5.

de nombreux points demeurent encore obscurs, mais si le problème juridique n'est pas tranché, du moins est-il éclairci, et la solution serrée de plus près. La Cour de Cassation a affirmé certaines règles qui avaient été discutées, et donné une interprétation de la loi qui prêtait à controverse. La Cour de Cassation ne peut pas faire plus, car elle n'a pas le droit de créer des règles nouvelles.

Malgré ces arrêts, nous croyons cependant nécessaire de reprendre l'ensemble de la question, ne serait-ce que pour confronter ces arrêts récents avec les principes juridiques qui commandent la matière.

La Cour de Cassation a écarté, en effet, la responsabilité des propriétaires. Nous devons nous demander si cette jurisprudence doit être approuvée, et pour cela discuter d'abord les raisons sur lesquelles les créanciers voulaient fonder cette responsabilité. Nous ferons cette recherche en étudiant, dans une première partie, le problème de la responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les créanciers de leur locataire, en faisant l'examen juridique du contrat de location.

Dans une deuxième partie, nous rechercherons un fondement dans la loi du 17 mars 1909.

Dans une troisième partie, nous rechercherons un fondement d'après les principes généraux du droit.

PREMIÈRE PARTIE

Examen du Problème
d'après la Nature Juridique
du Contrat de Location

Pour résoudre le problème que nous nous sommes posé, il semble naturel d'en rechercher d'abord la solution par l'analyse du contrat unissant le propriétaire et celui qu'il s'est substitué dans l'exploitation.

Nous connaissons ainsi les obligations qui en découlent pour l'une et l'autre partie. Nous pourrions dire avec certitude si, en vertu du contrat, le propriétaire peut être tenu des dettes.

Mais, à la vérité, la solution de cette première question n'est pas la clé du problème. Le propriétaire pourrait être tenu, par son contrat envers l'exploitant, de répondre des dettes du fonds. Il n'en suit pas nécessairement que les créanciers aient un recours direct contre lui. Cependant, la réponse que nous donnerons à cette première question est un élément de la solution du problème principal.

Nous donnerons, dans cette partie, un aperçu du contrat de location de fonds, et l'étude de ce contrat nous permettra de dégager la solution de principe du problème que nous nous sommes posé.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DE LA LOCATION ET SES CONSÉQUENCES ENTRE PARTIES

SECTION I

Etude du contrat de location

§ 1. — *Différence avec la gérance salariée*

Il existe, en matière de fonds de commerce, deux contrats en apparence voisins ; ce sont les contrats de gérance salariée et de gérance libre.

« Gérer un fonds de commerce, c'est l'exploiter à la place de son propriétaire, sans que pour cela la propriété du fonds géré soit l'objet d'un transfert. » (1). Cette définition a l'inconvénient d'englober deux contrats dont la distinction présente un intérêt considérable.

Par le contrat de gérance salariée, un commerçant confie à un tiers l'exploitation de son fonds, mais il continue à en assumer les risques, il garde la qualité de commerçant. On a discuté sur la nature juridique du contrat qui unit le gérant salarié au propriétaire (2). On admet, aujourd'hui, que ce contrat doit être considéré tantôt comme un contrat de louage de services, tantôt comme un mandat, le gérant salarié est soit préposé, soit mandataire.

(1) GRANGER. Thèse, Paris 1929: *Gérance et location de fonds de commerce*, p. 1.

(2) V. GRANGER *op. cit.* p. 7 et s. — CRÉMIEU: *Ann. dr. comm.* (année 1909): « De la gérance d'une entreprise commerciale », p. 474. — Voir aussi BERTRAND ED. « Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 nouveau du Code civil », Thèse, Aix 1935.

Le contrat de gérance libre, ou de gérance-location, n'est rien d'autre qu'une location de fonds de commerce, ainsi que l'a reconnu la jurisprudence (3). Le propriétaire abandonne au locataire tous les risques de l'exploitation ; le locataire exploite le fonds pour son propre compte, il en retire les bénéfices ou en supporte les pertes.

La question de la licéité de la location ne pouvait manquer de se poser, la location de fonds de commerce n'étant pas prévue par la loi. La réponse affirmative ne fait pas de doute. La licéité découle des principes généraux posés par l'article 1713 du C. Civ. si l'acte est sincère et régulier et ne dissimule pas une fraude. Ce principe a été admis par une nombreuse jurisprudence (4).

L'article 1713 C. Civ. prévoit que le contrat de louage peut s'appliquer à tous les objets, meubles ou immeubles. Le fonds de commerce est un objet mobilier dont la loi de 1909 a nettement dégagé le caractère particulier et l'unité. Il peut incontestablement faire l'objet d'un contrat de location ou d'un contrat de gérance salariée, et la tendance qu'ont eue un certain nombre de tribunaux de commerce à en prononcer la nullité est parfaitement injustifiée lorsqu'elle est basée uniquement sur le caractère juridique de ce contrat. Elle doit s'admettre, au contraire, lorsqu'elle est basée sur la fraude ou la dissimulation. Bien avant la loi du 17 mars 1909, la jurisprudence avait admis la validité d'un certain nombre d'usages que la loi n'avait fait que sanctionner. Quelques tribunaux de commerce ont voulu mettre fin à un contrat qui risquait de compromettre le système de garanties échafaudé par la loi de 1909. Mais la jurisprudence dominante précise qu'en l'absence d'une interdiction formelle, c'est le principe de la liberté des conventions qui doit subsister, et qu'il n'appartient, en aucun cas, au juge de porter atteinte à ce principe,

(3) Paris (11^e Ch.), 29 février 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note (a) ; Lyon, 15 déc. 1934, *Revue des Fonds de Comm.* 1935, p. 112.

(4) Paris (6^e Ch.), 26 janv. 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.592 et la note ; Trib. Comm. Charleville, 11 mai 1932, *Gaz. Pal.* 1933.2.133 sous note b ; Trib. Comm. Saint-Etienne, 24 nov. 1932, *Gaz. Pal.* 1933.2.133, sous-note (b).

Dans le même sens PLANIOL et RIPERT : *Tr. prat. de dr. civ. fr.*, t. X ; *Vente et louage*, par HAMEL et PERREAU, n° 419.

sous prétexte de réparer une omission ou une imprévoyance du législateur.

Si le contrat de location est licite en soi, il doit être annulé lorsqu'il résulte des stipulations des parties que celles-ci ont entendu, dans le but d'échapper au paiement des taxes fiscales, dissimuler sous cette forme une véritable vente, le locataire qui assume toutes les charges du fonds et doit en percevoir tous les profits ayant la faculté de devenir acquéreur par l'exécution de versements successifs convenus. Un pareil contrat constitue pour la jurisprudence une véritable fraude à la loi du 17 mars 1909, puisqu'il tend à permettre au vendeur de disposer de son prix au mépris des droits des créanciers privilégiés ou chirographaires qui ne sont pas mis à même d'user de leur droit de former opposition au moment où le prix est versé (5) ; la nullité de ce contrat devrait être prononcée d'office par le juge (6).

Comme nous le verrons, la doctrine a essayé de réagir contre cette tendance. Une décision du Tribunal de Commerce du Havre (7) a jugé que le contrat de location avec promesse de vente n'est pas en soi contraire à l'ordre public. Il est vrai qu'en l'espèce le litige ne portait qu'entre le propriétaire du fonds et le locataire ; il n'intéressait pas les créanciers de l'une ou l'autre des parties. Cette décision est restée isolée.

Cependant, si l'on reconnaît la licéité du contrat de location, sous réserve d'une fraude à la loi, ce contrat se présente, en pratique, avec les modalités les plus diverses.

Il est quelquefois difficile, à travers les clauses insérées par les parties, de donner au contrat sa nature véritable. Il en est d'autant plus ainsi que la pratique connaît un autre moyen pour le propriétaire de se substituer un tiers dans l'exploitation. Il le fait assez

(5) Trib. Comm. Melun, 26 déc. 1927 ; Trib. Comm. Pontoise, 31 janv. 1928 ; Trib. Comm. Seine, 30 mars 1928 ; Trib. Comm. Seine, 20 avril 1929 ; Trib. Comm. Saint-Etienne, 27 avril 1928 ; *Gaz. Pal.* 1928.2.398 en sous-note.

(6) Trib. Comm. Seine 30 mars, 20 avril et 27 avril 1928 en sous-note g, h, i précités.

(7) *Le Havre Comm.* 30 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.563.

souvent en commettant un gérant salarié à l'exploitation dont il conserve les risques.

Il importe donc de bien distinguer la gérance salariée, de la location.

Quel peut être le critérium de cette distinction ?

En général, pour savoir si l'on se trouve en face d'une gérance salariée ou d'une location, on recherche qui a la responsabilité de l'exploitation ; dans notre sujet, la situation est renversée : pour savoir qui doit supporter la responsabilité de l'exploitation, nous devons connaître d'abord la nature du contrat.

C'est le créancier qui poursuit le propriétaire, qui devrait établir que ce dernier a passé non un contrat de location, mais un contrat de gérance salariée.

Le Tribunal de Commerce de Toulouse, dans un jugement du 3 décembre 1930 (8), a pourtant dispensé un créancier de cette preuve ; il a jugé qu'en cas de location de débit de boissons, le défaut de publication exigée par la loi, le défaut de modification au registre du commerce et de transfert de patente ou de licence, les certificats de l'Administration des Contributions Indirectes, établissant que les congés ont été pris au nom de la propriétaire, constituent « une série de présomptions graves, précises et concordantes », permettant de considérer qu'il y a gérance salariée ; et qu'en l'espèce « la demoiselle Vital (propriétaire) ne fait pas la preuve à laquelle elle est tenue, et ne produit même pas la moindre pièce justifiant de la convention de location avec Boubila (le prétendu locataire) ».

Il existe une précision (9) qui, si elle ne constitue pas par elle-même un critérium de la distinction, fournit du moins un point d'appui solide : l'existence de marchandises transmises avec le fonds peut créer une situation équivoque, le locataire est susceptible d'être considéré comme le mandataire du bailleur pour la vente des mar-

(8) *Toulouse Comm.* 3 déc. 1930, *Gaz. Pal.* 1931.1.355.

(9) Voir H. ROUSSEAU, note S. 1939.1.9.

chandises de ce dernier, mais s'il n'existe aucun stock l'équivoque est dissipée.

La contradiction éclate entre les différentes décisions de jurisprudence et, sans doute, certaines d'entre elles, parce qu'elles ne craignaient pas le contrôle de la Cour de Cassation, ont véritablement dénaturé des contrats. On s'est servi de trois faits pour donner une base à la distinction des deux contrats :

1° On peut rechercher qui assume les risques de l'exploitation, en retire les bénéfices ou en supporte les pertes. D'après un jugement du Tribunal de Commerce de Saint-Etienne du 24 novembre 1932 (10), il y a location si le propriétaire s'est attribué comme redevance le bénéfice de garnis attachant au fonds loué, mais s'il ne s'est pas réservé un droit de contrôle sur la gestion de l'exploitation du fonds. Le même jugement a décidé que, s'il y a eu acceptation par le nouveau propriétaire d'un nouveau locataire, celui-ci doit être considéré, faute de conventions nouvelles, comme exploitant en la même qualité que son prédécesseur.

Il y a location encore si le preneur a la libre administration du fonds de commerce, tous les bénéfices et produits réalisés devant lui être acquis et les pertes devant rester à sa charge (11) ;

2° On peut rechercher à qui incombent les charges et impôts afférents à l'exploitation du fonds (patente, bénéfices commerciaux, chiffre d'affaires), et s'ils sont payés par l'exploitant de fait, ou par le propriétaire. Le même arrêt de la Cour de Paris a jugé qu'il y a location s'il est stipulé que le locataire exécuterait toutes les réparations locatives d'entretien et autres qui deviendraient nécessaires dans l'immeuble, même celles qui sont ordinairement à la charge des propriétaires, en vertu des articles 605 et 606 C. Civ., et assumerait tous les frais d'exploitation et d'assurance.

Il y a location pure et simple, et non gérance salariée, s'il a été convenu que le prétendu gérant doit assumer l'entretien du matériel

(10) Trib. Comm. Saint-Etienne, 24 nov. 1932. *Gaz. Pal.* 1933.2.133 sous-note b.

(11) Paris (11^e Ch.), 26 janv. 1932 S. 1933.2.67; *Gaz. Pal.* 1932.1.591; *D.H. Somm.* p. 10; *J. Tr. Comm.* 1933, p. 262.

sans pouvoir, en aucun cas, modifier, changer ou supprimer dispositif ou matériel sans l'autorisation du propriétaire, et s'il doit payer une redevance fixe de 1.500 francs par mois (12).

Un jugement du Tribunal de Commerce de Nevers du 18 novembre 1931 (13) a jugé en sens contraire qu'il ne saurait être question d'un bail de fonds de commerce, mais bien d'une gérance, si le propriétaire a conservé le loyer et l'assurance du matériel à sa charge, s'il ne s'est jamais désintéressé de la gestion et de l'exploitation du fonds. La perception de 5 % à laquelle le propriétaire avait droit sur le chiffre d'affaires, le droit de contrôle qu'il avait conservé sur la comptabilité du locataire, les clauses imposées de ne rien changer aux inscriptions de l'immeuble et de travailler au tarif ordinaire, sont autant de preuves convaincantes de l'intérêt que le propriétaire avait conservé à cette exploitation.

Cette solution est illogique, car elle condamne solidairement le propriétaire et le prétendu gérant. S'il y avait eu véritablement gérance (salariée), seul le propriétaire aurait dû être condamné.

Elle a été cependant approuvée par un arrêt de la Cour de Bourges du 12 janvier 1932 (14), rendu sur appel du jugement précédent : les clauses et énoncés d'un contrat qualifié gérance, « spécialement en ce qui concerne le prix de la redevance annuelle, nullement en rapport avec la valeur du fonds de commerce, le prélèvement de 5 % sur le chiffre d'affaires, la vérification de la comptabilité, l'assurance du matériel et le tarif imposé », établissent qu'on se trouve en présence non d'une location, mais d'une gérance salariée ; et le propriétaire d'un fonds de commerce qui l'a remis en gérance salariée demeure personnellement tenu du paiement des marchandises livrées à ce gérant ;

3° D'autres décisions ont admis qu'on se trouvait en présence d'une gérance salariée, si le propriétaire s'était réservé un certain

(12) Paris (II^e ch.), 7 juin 1930; *Gaz. Pal.* 1932.1.958, sous-note a.

(13) Trib. Comm. Nevers, 18 nov. 1931. *Gaz. Pal.* 1932-1.958.

(14) Bourges, 12 janv. 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.952; S. 1932.2.62.

droit de regard. C'est à ce dernier point que s'est attaché un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 22 novembre 1935 (15) ; selon cette décision, le gérant libre ou locataire est celui qui exploite un fonds à ses seuls risques et périls, acquittant généralement une redevance au profit du propriétaire du fonds ; doit être considéré comme un salarié, et non comme un locataire ou un mandataire, le gérant d'une maison meublée qui reçoit des ordres et des directives de la part du propriétaire pour ce qui concerne son activité de gérant, et est soumis à sa discipline, alors que ce propriétaire examine toutes les dépenses et recettes, que le loyer est à son nom, ainsi que l'impôt sur le chiffre d'affaires et que toutes les factures.

La Cour d'Appel de Nancy (16) a rendu un arrêt dans le même sens : elle a estimé qu'il y a gérance, et non location, s'il est stipulé que le prétendu gérant sera tenu de justifier à toute réquisition du propriétaire du paiement des charges et redevances auxquelles le fonds est assujéti, ainsi que du paiement des factures de marchandises, ce qui est la démonstration évidente que le propriétaire se considérerait comme responsable à l'égard des tiers.

La Cour a appuyé, en outre, sa solution sur le fait que le propriétaire a repris possession de son fonds sans faire inventaire des marchandises en magasin ; il offre subsidiairement de prouver qu'il n'en existait plus, mais la Cour estime cette offre de preuve inopérante et sans aucun intérêt pour la solution du litige.

On devrait soigneusement distinguer le droit de regard ou le contrôle du propriétaire sur la marche de l'exploitation, de l'immixtion proprement dite. Un droit de regard ou un certain contrôle du propriétaire n'est nullement incompatible avec une gestion autonome du locataire. Cette discrimination que nous proposons n'est pas purement formelle ; elle existe, notamment, en cas de société en commandite ; on reconnaît au commanditaire un droit de regard sur les affaires sociales, mais s'il s'immisce dans ces affaires, il devient responsable sur tout son patrimoine. C'est seulement si le

(15) Seine Civ. 22 nov. 1935 ; D.H. 1936.79.

(16) Nancy, 15 janv. 1929. *Gaz. Pal.* 1929.2.988, sous-note (a).

propriétaire du fonds s'immisçait dans l'exploitation qu'il devrait être tenu comme responsable.

D'ailleurs, une décision a été rendue en ce sens : le contrôle du propriétaire spécifié au contrat, comme devant s'exercer sur le matériel, les ustensiles et la bonne qualité des matières premières, n'avait évidemment pour but que le maintien en valeur du fonds de commerce dont il restait propriétaire, et n'avait nullement en vue un contrôle de gestion ou d'exploitation (17).

A notre avis, aucun des trois éléments utilisés par la jurisprudence n'est suffisant à lui seul pour déterminer la nature du contrat. Le propriétaire du fonds peut très bien prendre une part dans les risques, notamment par un pourcentage sur les bénéfices ou sur le chiffre d'affaires ; il peut très bien continuer à assumer certaines charges ; il peut très bien, enfin, se réserver un contrôle, sans qu'il y ait pour cela gérance salariée. Ce qu'il importe avant tout, c'est de rechercher l'intention des parties, d'étudier les circonstances dans lesquelles le contrat s'est exécuté, et de ne pas donner au contrat, pour les besoins de la cause, une interprétation tendancieuse.

La distinction entre les contrats de location et de gérance salariée serait beaucoup plus facile, si on n'employait pas le même terme pour les désigner.

L'une des causes principales qui est à l'origine de la controverse sur la responsabilité du propriétaire est, sans aucun doute, l'emploi des termes de gérance libre et de gérance location :

A l'origine, le contrat de location était désigné sous sa dénomination exacte, le contrat qu'on appelle aujourd'hui « gérance proprement dite », « gérance simple » ou « gérance salariée », était désigné sous le nom de gérance sans aucun autre adjectif (18). Puis, au fur et à mesure que ce contrat s'est développé, la pratique a employé spontanément les termes de gérance libre, ou de gérance-location,

(17) Tribunal Comm. Charleville, 11 mai 1932. *Gaz. Pal.* 1934-2.296.

(18) Voir BOUTAUD et CHABROL, p. 449; L. CRÉMIEU, *op. cit. Ann. dr. comm.* 1909, p. 466.

parce qu'il présente, du moins du point de vue externe, une certaine analogie avec la gérance proprement dite, et que, d'autre part, on hésitait à employer les termes de location ou de bail, car les principes régissant ces contrats ne s'appliquaient pas toujours en la matière.

La dénomination de gérance libre est impropre et inexacte ; tous les auteurs sont d'accord pour la condamner et la jurisprudence est dans le même sens (19).

Ce terme constitue un véritable paradoxe : qui dit gérant dit mandataire et préposé, et un mandataire ou un préposé est toujours uni à son mandant ou commettant par un lieu de subordination plus ou moins étroit. Pour marquer qu'il n'en est rien, on ajoute l'adjectif « libre » ; il est difficile de concevoir un gérant libre, et de plus le gérant n'est pas libre, car il s'est engagé à exploiter le fonds.

Cette expression rend encore plus malaisée la distinction entre la gérance salariée et la location. Le mot de location est plus proche de la réalité, bien que le Code Civil n'ait envisagé un tel contrat qu'autant que son objet est une chose corporelle ; il n'a pas pour effet de déterminer par lui-même la nature du contrat ; le juge du fonds peut lui restituer sa nature véritable, et n'est pas lié par la terminologie employée par les parties (20).

Cependant, ce terme de location peut servir de point de départ à l'interprétation du juge, en cas de litige, et avertit les tiers du contrat que les parties ont eu l'intention de conclure.

Sans aller jusqu'à dire que la controverse sur la responsabilité du propriétaire a pour base une question de terminologie due à l'équivoque des mots de gérant et de gérance, il faut reconnaître que ces mots sont pour une grande partie cause de la confusion entre les contrats de gérance et de location ; on n'insistera jamais assez sur leur caractère dangereux.

(19) A. Buisson. *Le Statut légal du fonds de commerce*, p. 197; *Bulletin de la Soc. d'Et. Législ.* 1936, p. 53; RIPERT, note précitée; Lyon, 15 déc. 1934, *Rev. des Fonds de Commerce* 1935, p. 112; Paris (11^e Ch.), 23 fév. 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note a.

(20) Paris (2^e ch.) 24 mars 1926, *Gaz. Pal.* 26.2.20; Nouveau C. Civ. ann. sous l'article 1167, n^o 46 et s.

« L'opération de location, surtout si elle est annoncée sous le nom de gérance, peut tromper les tiers peu familiarisés avec ces combinaisons assez bizarres, et amenés à confondre gérance libre et gérance salariée. » (21).

Depuis quelques années, la doctrine emploie de préférence les mots de « location » ou de « bail » ; il serait à souhaiter que la jurisprudence et le législateur adoptent éventuellement la même terminologie ; pour notre part, nous n'emploierons que ces deux derniers termes, repoussant définitivement les termes de gérance libre et de gérance-location.

Une décision (22) a fait une distinction entre la gérance libre et la location, mais n'a pas indiqué le critérium de cette distinction, « attendu que Poulain explique que, possédant à Roubaix un fonds de commerce de boucherie, il l'a donné, en 1929, en gérance libre au sieur Moisson, qui a exploité ce fonds pour son propre compte, et comme il l'entendait, qu'à partir du 1^{er} février 1932 le contrat de gérance a été remplacé par un contrat de location de fonds ». En réalité, la gérance libre n'est rien d'autre que la location de fonds.

§ 2. — *Différences entre la location et le contrat de société*

Peut-on, en toute hypothèse, rechercher le propriétaire, sous prétexte qu'il existe entre lui et le locataire une société occulte ?

La réponse négative ne fait pas de doute, lorsque la redevance est une somme fixe, et que le propriétaire est complètement étranger à la gestion du fonds.

Cependant, la redevance est toujours supérieure à l'intérêt de la valeur du fonds ; elle est, au point de vue économique, à la fois le revenu du capital investi dans le fonds de commerce et un prélèvement sur les profits de l'exploitation.

(21) Tribunal Comm. Le Havre, 14 déc. 1925. *Gaz. Pal.* 26.1.311.

(22) Tribunal Comm. Roubaix, 12 octobre 1932. *Gaz. Pal.* 1932.2.958.

Il existe, entre le propriétaire et le preneur, une véritable collaboration économique caractéristique des baux d'exploitation, car le propriétaire attend, en outre, de la redevance stipulée « une mise en valeur habile, diligente et continue de l'exploitation, faute de quoi celle-ci dépérirait, car elle tire tout son prix du travail persévérant qui s'y incorpore ; la façon dont elle est conduite influe directement sur le patrimoine du bailleur » (1).

Mais, si nous nous trouvons devant une association au sens économique, ce n'est pas une société au sens juridique.

Souvent, le propriétaire ne veut pas laisser toute liberté à son locataire ; il désire garder un certain droit de regard sur les opérations de son locataire, avoir la possibilité de lui donner des conseils ; il se réserve, en plus de sa redevance fixe, une certaine participation aux bénéfices. Toutes ces clauses ne sauraient modifier la qualification juridique d'un contrat de louage de choses, la participation aux bénéfices ne crée pas à elle seule une véritable association d'intérêts.

Du reste, l'*affectio societatis*, élément essentiel à la formation d'une société, fait défaut ; le propriétaire entend s'exonérer des pertes, et pour éviter une diminution excessive de la valeur du fonds, il est souvent stipulé que la résiliation sera encourue lorsque la diminution atteint une certaine importance, par exemple lorsque le chiffre d'affaires diminue d'un quart par rapport à la moyenne des trois dernières années (2).

On se trouverait en présence d'une société ou d'une association, si le contrat prévoyait un partage de bénéfices : l'une des parties apportant son fonds, l'autre son travail.

Il a été quelquefois délicat de distinguer la gérance salariée du contrat de société, notamment dans les deux cas suivants (3) :

(1) VOIRIN : « La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie » (*Rev. Trim.* 1930, p. 296).

(2) Voir CENDRIER (6^e édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 630.

(3) Voir GRANGER : *Gérance et location de fonds de comm.* Thèse. Paris 1929, p. 47.

1° Quand le gérant salarié n'a droit qu'à une redevance proportionnelle sans salaire fixe, dans ce cas, le gérant salarié contribue bien aux pertes, mais il se trouve placé dans un état de subordination incompatible avec l'idée de société ;

2° Quand le gérant salarié avance les fonds nécessaires à l'exploitation du fonds, il n'y a certainement pas société, si le propriétaire doit rembourser intégralement ces avances (4) ; s'il ne doit pas les rembourser, il n'y aura société que si le propriétaire et le gérant salarié se trouvent placés sur un plan d'égalité.

Dans deux espèces, les créanciers de l'exploitant d'un fonds en ont recherché le propriétaire, en alléguant qu'il existait entre ces derniers une société.

La première espèce fut jugée par la Cour de Rennes, le 4 novembre 1924 (5). Voici les faits : Une demoiselle Réservat, propriétaire d'un cinéma, ainsi que de l'immeuble où ce cinéma était exploité, formait avec le sieur Leroy une association en participation ayant pour but l'exploitation de ce fonds. Quelques mois plus tard, la demoiselle Réservat fit une déclaration aux fins d'immatriculation au registre du commerce, en conformité de la loi du 18 mars 1919 ; Leroy, après avoir dépensé les sommes d'argent que la demoiselle Réservat lui avait adressées, eut recours, pour s'en procurer à l'insu de cette dernière, auprès du sieur Guiet.

L'arrêt souligne, tout d'abord, que ce ne sont pas des marchandises ou des fournitures qui auraient été livrées par Guiet à Leroy, mais de l'argent. Guiet a essayé de rechercher solidairement la demoiselle Réservat et Leroy. La Cour a repoussé cette action, qui avait été admise en première instance. Il est de doctrine et de jurisprudence constante que les tiers, à moins d'avoir été abusés par les actes et agissements des coparticipants, n'ont pas d'action contre ceux-ci.

(4) Bordeaux, 7 juin 1836, S. 1837.2.365.

(5) Rennes, 4 nov. 1924. *Caz. Pal.* 1925.1.217 et la note.

Le jugement attaqué avait considéré la déclaration d'immatriculation de la propriétaire au registre de commerce comme un acte d'immixtion de celle-ci dans les affaires sociales.

La Cour a jugé, au contraire, que la propriétaire avait l'obligation impérieuse, à peine de sanction pénale, de requérir cette inscription, d'autant plus que cette inscription n'était pas révélatrice du caractère et de la nature des conventions la liant à Leroy.

En outre, seul Leroy était connu des tiers qui ont toujours ignoré la propriétaire. L'immixtion de celle-ci a consisté seulement à payer certaines sommes pour l'exploitation, encore qu'elle ne l'ait jamais fait directement ; d'ailleurs, c'était son rôle d'associée.

Des billets et des titres ont été souscrits par Leroy pour ces emprunts ; or, c'est un acte exorbitant du mandat général d'administration du fonds de commerce, et le créancier aurait dû s'enquérir des pouvoirs de Leroy.

D'ailleurs, la propriétaire n'a pas ratifié ces emprunts.

Enfin, Guiet n'établit pas que les fonds prêtés ont servi aux besoins du commerce ; en réalité, a jugé la Cour, les emprunts sont suspects dans les circonstances où ils ont été consentis, et le créancier n'ignorait pas qu'ils devaient permettre surtout à l'exploitant, Leroy, personnellement d'avoir de l'argent.

C'est pourquoi la Cour a mis hors de cause la propriétaire.

Cette espèce est intéressante ; elle présente de nombreuses ressemblances avec la location : la propriétaire n'exploitait pas par elle-même, mais elle retirait ou devait retirer un profit de l'exploitation ; elle n'était pas en relation avec les tiers, ni connue d'eux ; l'exploitant n'était pas un gérant salarié, car, étant l'associé de la propriétaire, il était avec elle sur un pied d'égalité.

Les motifs invoqués par cet arrêt pourraient être utilisés, au cas où on prétendrait qu'il existe une société entre le bailleur de fonds de commerce et son locataire.

La deuxième espèce mentionnée a été jugée par le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne, le 22 avril 1932 (6) :

En voici les faits : Par un jugement en date du 31 juillet 1928, le Tribunal Civil de Saint-Etienne prononçait le divorce entre les époux Schott-Roche ; pendant la durée de l'instance, et en cours du début des opérations de liquidation de la communauté, la gérance du fonds fut confiée à Schott, l'époux, comme chef de cette communauté. Le 19 septembre 1928, le Tribunal Civil de Saint-Etienne a ordonné la licitation du dit fonds, qui a été adjugé le 20 novembre 1929 à l'épouse pour 260.100 francs. Celle-ci s'est engagée à prendre le fonds lors du partage de la communauté, moyennant cette somme de 260.100 francs, augmentée de l'estimation des marchandises à dire d'expert ; elle est devenue ainsi attributaire pour la totalité d'un fonds dont elle était copropriétaire pour moitié.

Après la transcription du jugement de divorce, la Société Weyl a livré une certaine quantité de marchandises nécessaires à l'exploitation du fonds, et n'étant pas payée a actionné chacun des époux.

Pour se défendre, Schott invoque que les marchandises sont devenues la propriété de son ex-épouse lors de la licitation.

L'ex-épouse invoque, pour sa défense, qu'en tous cas elle ne saurait être tenue de la dette que pour moitié, en vertu des dispositions de l'article 1487, et qu'elle n'avait pas le moyen de contrôler la gestion défectueuse de son mari.

Le tribunal repousse cet argument, car l'article 1487 C. Civ., relatif à la responsabilité de la femme vis-à-vis des dettes de la communauté et au droit de poursuite des créanciers, ne saurait s'appliquer en l'espèce, puisqu'il ne s'agit pas d'une dette contractée par un mari chef de communauté, mais d'une véritable dette sociale dont les associés de fait sont tenus solidairement. Nous n'entreprendrons pas de discuter ce jugement, car une telle discussion sortirait du cadre de notre sujet.

(6) *Saint-Etienne Comm.* 12 avril 1932; *Gaz. Pal.* 1932.1.955 et la note.

§ 3. — *Différences entre la location et le bail de local à usage commercial*

Les loyers que paie le locataire s'appellent ordinairement des redevances.

Un arrêt de la Cour de Colmar (1) décidait, en termes très généraux que la location d'un fonds de commerce doit produire, pendant toute sa durée, les mêmes effets que la vente, mais il faut cependant limiter ces effets à l'obligation de garantie due par le propriétaire au locataire : même en l'absence d'une clause expresse portant interdiction au bailleur de fonds de commerce de faire un commerce similaire, le bailleur et le locataire s'interdisent virtuellement de ne rien faire qui trouble la jouissance paisible de la chose louée, et en détourne ou en diminue l'utilité ou les avantages. En somme, la Cour de Colmar a appliqué à la location de fonds l'obligation qui incombe au bailleur dans tout louage de meubles comme d'immeubles de garantir au preneur la paisible jouissance de la chose louée.

Les obligations du locataire sont de supporter la charge du prix de location et de jouir du fonds de commerce en bon père de famille pour le rendre en bon état en fin d'exploitation. Souvent, le propriétaire demande un cautionnement en garantie d'une dépréciation éventuelle du fonds ou d'une disparition de ses éléments.

Il existe de telles analogies entre le bail à loyer et la location de fonds que, dans la plupart des cas, on insère dans les conventions de cette nature des clauses littéralement extraites des baux à loyer. Il en est ainsi de l'expulsion sur simple ordonnance de référé, au cas de non-paiement d'une redevance à son échéance.

Le contrat de location de fonds est distinct du bail de local à usage commercial. Ainsi, d'après la Cour de Cassation (2), l'acte par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en concède seulement l'exploitation est un simple louage de fonds de commerce, et non un bail de local à usage commercial.

(1) Colmar, 11 mai 1926. *Gaz. Pal.* 1926.2.303.

(2) Req. 22 juillet 1931, D.H. 1931.507.

Ce contrat est distinct aussi de la cession du droit au bail, ou de la sous-location. La Cour de Besançon (3) a décidé que la clause restrictive du droit de céder le bail ou de sous-louer n'interdit nullement la location du fonds. Cette solution a été approuvée par un arrêt de la Cour de Cassation rendu sur la même affaire (4) : la clause d'un bail, aux termes de laquelle « le preneur ne pourra céder son droit au bail, ni sous-louer, sans l'agrément du propriétaire, n'est point transgressée par un contrat de gérance exclusif de toute sous-location, dont le caractère fictif n'est point établi par le propriétaire demandeur en résiliation du bail ».

Il est parfois difficile de distinguer le contrat de location de fonds des contrats de vente ou de sous-location des locaux où s'exploite le fonds. Rappelons brièvement la composition du fonds de commerce : c'est un ensemble d'éléments, les uns incorporels, les autres corporels. Les premiers sont :

1° La clientèle ou achalandage, c'est-à-dire l'aptitude à réunir un certain nombre de clients et d'user de tous les moyens propres à conserver et à accroître cette clientèle ;

2° Les droits qui sont les accessoires de cette clientèle, parce qu'ils servent à la retenir ou à l'attirer : nom commercial, enseigne, marques de fabrique, brevets d'invention, dessins et modèles, secrets de fabrication ;

3° Le droit au bail des locaux que le commerçant occupe.

Les éléments corporels sont : le mobilier, le matériel et les marchandises.

Quels éléments doivent-ils être loués pour qu'il y ait location du fonds ? Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (5) a dégagé les caractéristiques essentielles de ce contrat. Ce sont : 1° une autorisation donnée à un tiers à titre onéreux d'utiliser à son profit les éléments incorporels d'un fonds, enseigne, nom commercial, droit

(3) Besançon, 18 mars 1925. *Gaz. Pal.* 1925.2.241.

(4) Civ. 5 mars 1928. *Gaz. Pal.* 1928.1.776.

(5) *Seine Comm.*, 4 mai 1933; *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

au bail, clientèle et achalandage ; 2° une location de matériel ; 3° une vente ou une mise en dépôt de marchandises.

Il y a contrat de location des éléments incorporels et du matériel d'un fonds de commerce lorsque le propriétaire concède à son cocontractant le droit de libre exploitation du fonds aux lieu et place du propriétaire exclu des bénéfices, comme des pertes et charges, de cette exploitation (6).

Dans une espèce soumise à la Cour de Riom, le 27 juin 1928 (7), le propriétaire d'un fonds de commerce d'hôtel avait donné à bail l'immeuble dans lequel il exploitait cet hôtel ; le locataire continue à tenir l'hôtel ; la Cour de Riom décide que le contrat de location ne porte que sur l'immeuble, et qu'en conséquence le locataire de l'immeuble y exploite un nouveau fonds dont il est propriétaire, et non pas simple locataire ; locataire seulement de l'immeuble, il est propriétaire du fonds puisqu'il l'y a créé.

La clientèle est l'élément essentiel du fonds ; si la clientèle n'est pas louée, il n'y a pas location du fonds (8). « En effet, écrit M. L. Mazeaud, commentant cette décision, on ne peut pas concevoir qu'un commerçant cède ou loue son fonds en conservant sa clientèle, qu'il existe un fonds de commerce sans clientèle, ni qu'une vente ou une location ne transférerait pas la clientèle ou le droit d'en user. Comment saura-t-on si la clientèle a été louée ? Il n'y a pas de difficulté, si les parties ont indiqué dans leur contrat que l'opération portait sur la clientèle, ou qu'au contraire la clientèle en était exclue ; il suffira de lire le contrat pour savoir s'il s'analyse ou non en une location de fonds de commerce. »

Que décider lorsque les parties n'ont pas visé la clientèle dans

(6) Paris (11^e Ch.), 25 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

(7) Riom, 27 juin 1928 ; D.P. 1929.2.33. Note L. MAZEAUD.

(8) En ce sens Riom, 27 juin 1928 précité ; *Saint-Etienne Comm.* 4 sept. 1928, D.P. 1929.2.33.

Dans le terme de clientèle nous comprenons aussi bien la clientèle habituelle du fonds que la clientèle virtuelle qu'on appelle quelquefois achalandage pour mieux la distinguer de la première. L'achalandage est un élément très important du fonds, et certains fonds, même, n'ont pas de clientèle habituelle.

leur contrat, mais ne l'ont cependant pas écartée expressément ? Nous admettrons avec M. L. Mazeaud (9) que la location peut porter sur la clientèle, même si celle-ci n'est pas mentionnée en termes exprès dans le contrat ; elle peut résulter, notamment, de la location du nom commercial et de l'enseigne.

Cette question présente pour notre sujet un certain intérêt qui a été mis en lumière dans l'espèce soumise au Tribunal de Commerce de Saint-Etienne, le 4 septembre 1928 (10).

Voici les faits : le propriétaire d'un fonds de commerce de moulinage, qui est en même temps propriétaire des bâtiments où est installée l'usine, loue pour neuf ans :

1° Le moulinage avec tous bâtiments servant d'ateliers, d'entrepôts, garage, écluse, canalisation, dortoir et réfectoire, jardin, dépendances et bâtiments ;

2° Tout le matériel servant à l'exploitation de l'usine, avec lits et placards pour les ouvriers.

Rien n'est stipulé au sujet de la clientèle, mais la location de cet élément ressort avec évidence du contrat. On se trouve en présence d'une location de fonds de commerce. Le tribunal voit cependant, dans cet acte, une simple location d'immeubles et de matériel, et en conclut que le locataire de ces immeubles et de ce matériel n'est pas locataire du fonds de commerce qu'il exploite dans ces bâtiments. Le fonds qu'il y exploite a été créé par lui, il en est propriétaire ; il va donc pouvoir le vendre à un tiers.

Cette conception est inexacte, car le propriétaire du fonds loue le moulinage, c'est-à-dire le commerce de moulinage tout entier ; il est certain que le locataire va profiter de la clientèle. Evidemment, si le propriétaire avait eu plusieurs usines de moulinage, et n'en avait donné qu'une en location, il n'aurait loué que cette usine et aurait conservé la jouissance de son fonds. Mais il n'avait qu'une

(9) L. MAZEAUD, note précitée.

(10) Trib. Comm. Saint-Etienne, 4 septembre 1928, précité.

usine ; en la louant, il en perd forcément la jouissance : il loue à la fois l'immeuble et le fonds.

A la question de savoir si l'exploitant du moulinage est le propriétaire ou le locataire du fonds se greffent deux questions, dont la deuxième se rapporte directement à notre sujet :

1° Cet exploitant peut-il vendre le fonds ?

2° Les créanciers de cet exploitant ont-ils le droit de former opposition entre les mains de l'acheteur, et de faire une surenchère du sixième ?

Dans cette espèce, le locataire des immeubles et du matériel que nous considérons comme locataire du fonds de commerce, et que le tribunal considère comme propriétaire, vend à un tiers :

1° Le droit au bail ; 2° divers objets mobiliers et un matériel servant à l'exploitation du moulinage. Dans l'acte se trouve cette formule : « Les parties s'engagent à remplir toutes formalités dans le délai prévu par la loi du 17 mars 1909. Si l'accomplissement de ces formalités révèle sur le fonds vendu des inscriptions de quelque nature qu'elles soient... »

Le créancier du vendeur ne peut pas former une surenchère du sixième sur le prix de la vente, décide le tribunal. Nous serions arrivés pratiquement à la même conclusion, car le contrat passé entre le locataire des immeubles et l'acheteur étant une vente de fonds de commerce, est nul, le locataire vendant la chose d'autrui.

Aucun de ses créanciers ne peut former surenchère du sixième sur le prix de cette vente. Le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne donne la même solution, mais en s'appuyant sur des motifs juridiques diamétralement opposés. En effet, décide ce tribunal, l'acte passé entre le locataire et l'acheteur n'est pas une vente de fonds, mais une cession de droit au bail et d'objets mobiliers. Or, la surenchère du sixième n'est possible que si l'objet de la vente est un fonds de commerce, c'est-à-dire une universalité qui porte ce nom ; elle est irrecevable, en cas de vente d'un élément particulier, tel que cession du droit au bail ou vente du matériel. Ce raisonnement est

inexact, car si l'on admet avec le tribunal que le locataire des immeubles est bien propriétaire du fonds, on doit voir dans l'acte de vente qu'il a passé une vente de fonds de commerce. Les parties s'en sont formellement expliquées, il est question dans l'acte du « fonds vendu ». Bien que l'acte ne le précise pas, il faut en conclure que la clientèle a été nécessairement vendue, du moment que les parties ont indiqué qu'elles procèdent à la vente du fonds ; la clientèle est l'élément essentiel du fonds, celui qui n'en peut pas être détaché. Puisqu'il n'existe aucune preuve que les parties aient entendu écarter de la vente la clientèle, du seul fait qu'elles ont considéré la vente comme une vente de fonds de commerce, il résulte que la clientèle a été cédée.

Aussi, nous concluons avec M. L. Mazeaud (11) : 1° Il n'y a pas location de fonds lorsque la clientèle n'est pas louée, car la clientèle est l'élément essentiel du fonds sans lequel il n'existe pas ; 2° Il n'est pas nécessaire, pour que la clientèle soit louée, qu'elle soit expressément visée dans l'acte, l'intention des parties peut s'être manifestée de façon moins explicite, notamment si les parties ont déclaré louer des éléments qui sont les accessoires de la clientèle, on doit présumer, jusqu'à preuve contraire, qu'elles ont loué la clientèle, et par conséquent qu'elles ont valablement procédé à une location de fonds.

Un auteur (12) estime qu'il n'est pas suffisant de vendre ou de louer la clientèle pour qu'il y ait vente ou location de fonds.

Une simple cession de droit au bail sans aucune cession de clientèle suffirait à constituer une vente de fonds de commerce (13).

Nous estimons, contrairement à ces deux opinions, que la condition nécessaire et suffisante pour constituer une vente ou une location de fonds est la vente ou la location de la clientèle.

(11) L. MAZEAUD, note précitée.

(12) CHÉRON, note D.P. 1932.2.20.

(13) Paris, 12 juin 1928 (6^e Ch), D.P. 1929.2.23.

SECTION II

Conséquences de la location entre les parties

Le propriétaire va perdre la qualité de commerçant ; il devient étranger à l'exploitation et n'a plus la charge des risques.

§ 1. — *Perte de la qualité de commerçant du propriétaire*

Qui est commerçant ? le propriétaire ou le locataire ?

Une étrange situation est créée par la volonté de deux contractants : « Le propriétaire d'un fonds de commerce en concède l'exploitation à un locataire qui, ayant loué ce fonds, agit pour son compte ; le propriétaire n'est donc pas responsable des engagements pris par le locataire.

« Mais, alors, qui est commerçant ? Le propriétaire est inscrit au registre du commerce. Le fait de donner en location un fonds de commerce est un acte de commerce unique qui ne saurait suffire à lui maintenir la qualité de commerçant. Le locataire fait habituellement et professionnellement des actes de commerce. Il est donc lui-même commerçant. Jamais on n'a déterminé exactement si le propriétaire cessait d'être commerçant, si le locataire le devenait. » (1).

En ce qui concerne le locataire, on admet généralement qu'alors même qu'il n'était pas commerçant lorsqu'il a pris le fonds, il le devient, puisqu'il exploite en son nom, achète habituellement de la marchandise pour la revendre et assume les risques de l'exploitation (2).

A l'égard du propriétaire, il existe un désaccord complet entre le fisc et la jurisprudence, d'une part, et la doctrine, d'autre part.

La location d'un fonds de commerce ne serait qu'un mode d'exploitation de ce fonds ; la somme versée par le locataire au

(1) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(2) En ce sens, Trib. comm. Saint-Etienne, 21 nov. 1929. *Gaz. Pal.* 1929.2.89g.

propriétaire du* fonds est alors un bénéfice commercial passible de l'impôt sur les bénéfices commerciaux et de l'impôt sur le chiffre d'affaires ; il serait soumis à ce dernier impôt, même s'il n'était pas commerçant, l'article 62 de la loi du 25 juin 1920 ayant mentionné expressément les « loueurs de choses » parmi les redevables de l'impôt sur le chiffre d'affaires (3).

Il serait paradoxal que le propriétaire d'un fonds de commerce, l'exploitant d'une des manières reconnues possibles, ne soit pas considéré comme commerçant par le tribunal, quel que soit le mode d'exploitation choisi par lui, et abstraction faite de considérations fiscales ; la qualité de commerçant ne découle pas nécessairement et exclusivement du paiement d'une patente (4). Cette solution avait été admise pour rejeter l'exception d'incompétence du Tribunal de Commerce, soulevée par le propriétaire.

D'autres décisions (5) admettent aussi que la location constitue en droit un acte de commerce, mais elles sont peut-être influencées par les circonstances de fait des espèces.

La doctrine (6) refuse au propriétaire du fonds loué la qualité de commerçant ; le locataire exploite seul, et pour son propre compte, avec l'espoir de réaliser des bénéfices, mais en courant aussi le risque de pertes possibles ; aussi, c'est lui qui a la qualité de commerçant, et non le propriétaire, qui ne fait pas d'actes de commerce, et qui s'est mis à l'abri des risques inhérents à l'exploitation du fonds. Toutefois, sa situation changera si, à l'expiration du bail, il reprend à son compte la direction du fonds.

Il existe une situation analogue : c'est lorsque le fonds est grevé d'un usufruit. Le propriétaire n'est pas commerçant, car il est étranger à l'exploitation ; mais cette qualité appartient à l'usufrui-

(3) Cons. préf. Seine, 19 janvier 1931. *Gaz. Pal.* 1931.1.337.

(4) Trib. comm. Seine, 13 janvier 1934. *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(5) Colmar, 28 mai 1850, S. 51.1.487 ; Trib. comm. Saint-Etienne, 21 nov. 1929, précité.

(6) LACOUR et BOUTERON : *Précis de dr. comm.*, t. I, n° 135 ; DEMONTÈS et JAUFFRET : « Code de commerce annoté » p. 14 et s. ; COHEN : « Traité des fonds de commerce », p. 602.

tier, qui seul a la direction du fonds, et puisqu'il recueille les bénéfices de l'exploitation tant que dure son droit.

Les décisions qui attribuent arbitrairement au propriétaire la qualité de commerçant s'expliquent par un souci d'ordre fiscal et par le désir de faire jouer la responsabilité du propriétaire du fonds en cas de location. Si le propriétaire était commerçant, le tuteur ne pourrait pas donner le fonds du pupille à bail, alors que c'est là un des principaux avantages de la location.

§ 2. — *Exonération contractuelle du propriétaire des risques de l'exploitation*

Cette question de responsabilité contractuelle s'est posée à propos du bail de fonds de commerce, mais elle pourrait se poser à propos de toute situation où la propriété et l'exploitation du fonds sont séparées, notamment en cas d'usufruit (1) ou d'apport en jouissance à une société. La solution de principe de cette question, admise pour le cas de location, ne saurait faire de doute pour les autres hypothèses.

En principe, le propriétaire d'un fonds de commerce donné en gérance salariée doit exécuter les engagements du gérant ; au contraire, le propriétaire d'un fonds loué ne doit pas répondre des dettes de son locataire ; avant d'exposer les raisons qui imposent ce principe avec la force de l'évidence, nous étudierons un cas particulier où une discussion était née à propos des conséquences du contrat de location, et des droits qu'il donnait au propriétaire.

1° *Espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Paris (Ch. des Référés), le 24 juin 1929 (2) :*

Dans cette espèce, les intérêts du propriétaire d'un fonds, et ceux des créanciers du locataire, se trouvaient en opposition dans

(1) Voir DELALANDE : *Usufruit d'un fonds de commerce*. Thèse, Bordeaux 1922.

(2) Paris, 24 juin 1929 (Ch. des Référés), D.P. 1931.2.15, note Chéron.

des circonstances qui méritent de retenir notre attention : la Société des Acacias avait loué un fonds, dont elle était propriétaire, à un certain Margerie. Celui-ci avait obtenu de la Société d'Expansion Industrielle un prêt de 350.000 francs ; en garantie, il avait consenti à cette société un nantissement sur le fonds et l'avait autorisée à prélever sur sa recette journalière une somme de 800 francs.

Margerie, n'ayant point versé à la Société des Acacias les redevances mensuelles prévues au contrat de location, la Société baille-resse a poursuivi et obtenu son expulsion, en vertu de la clause résolutoire insérée dans ce contrat.

La Société d'Expansion Industrielle forme alors tierce opposition à l'arrêt ordonnant cette expulsion. La décision rapportée rejette la tierce opposition, car elle estime qu'il n'a pas été porté préjudice aux droits du tiers opposant ; elle en donne plusieurs motifs de valeur inégale.

L'article 14 de la loi du 17 mars 1909 prescrit au propriétaire de l'immeuble où est exploité un fonds de commerce grevé d'inscription de notifier aux créanciers inscrits sa demande en résiliation du bail, et il décide que le jugement ne pourra être rendu qu'un mois après cette notification. Dans cette espèce, cette notification préalable n'avait pas eu lieu et l'expulsion du locataire du fonds avait été ordonnée en référé, en vertu d'une clause de résiliation de plein droit, insérée dans son contrat ; un créancier nanti attaquait par tierce opposition la décision prise en référé, alléguant que, faute d'avoir été prévenu, il subissait de ce fait un préjudice.

L'arrêt rapporté invoque comme motif que le propriétaire bailleur du fonds n'avait pas à observer l'article 14 de la loi du 17 mars 1909, puisque le contrat était déjà résilié de plein droit, et que la demande en référé avait eu pour seul effet de faire ordonner l'expulsion du locataire, en exécution d'une résiliation d'ores et déjà acquise.

Pour critiquer ce motif, on peut se fonder sur les travaux préparatoires de la loi de 1909 : en effet, dans le rapport présenté par le

sénateur Cordelet, le 25 janvier 1907 (3), on voit que la disposition de l'article 14 est faite pour permettre aux créanciers inscrits de prendre des dispositions avec le bailleur en vue d'éviter une résiliation qui peut leur être préjudiciable.

Or, à cet égard, la situation est la même, qu'il s'agisse d'une résiliation demandée en justice, d'une résiliation amiable, comme le prévoit l'article 14, paragraphe 2, ou d'une résiliation de plein droit, en vertu d'une clause du bail (4).

Le propriétaire, qui entend se prévaloir de cette clause, doit notifier, un mois d'avance, son intention aux créanciers inscrits, de façon que ceux-ci puissent lui proposer un arrangement et intervenir, au besoin, dans la demande en expulsion (5).

L'arrêt invoque un autre motif, suivant lequel la Société créancière du locataire ne saurait soutenir que l'expulsion du locataire a préjudicié à ses droits, du fait qu'elle prélevait sur sa recette journalière une somme de 800 francs ; en effet, à ce moment, le locataire ne payait aucune de ses dettes, et était, en outre, en butte aux poursuites de ses créanciers, du fisc et de l'Assistance publique.

Enfin, le dernier motif invoqué est le plus décisif. Le nantissement avait été constitué par le locataire du fonds ; or, pour donner un fonds en nantissement comme pour constituer hypothèque sur un immeuble, il faut en être propriétaire ; le locataire d'un fonds de commerce qui n'en a que la jouissance et l'administration n'a pas le droit de le grever de nantissement (6), à moins qu'il n'ait reçu du propriétaire une procuration à cet effet ; cette procuration ne semblait pas exister en l'espèce, car, dit un considérant, le locataire

(3) D.P. 1909.4.53, col. 2.

(4) Voir CHÉRON, note précitée.

(5) En ce sens Aix, 22 nov. 1923, D.P. 1923.2.70; Paris, 23 oct. 1929, D.P. 1931.2.16; 28 oct. 1929, D.H. 1930.46; MONTIER et FAUCON (4^e édit.) : *De la vente et du nantissement de fonds de commerce*, n° 77 et s.; BOUTAUD et CHABROL, *Suppl.* n° 121; CENDRIER : *Le fonds de commerce* (6^e édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 529.

(6) MONTIER et FAUCON, n° 14; BOUTAUD et CHABROL, n° 286; CENDRIER, n° 362; Rép. prat. V° Fonds de commerce, n°s 299 et 300; Alger, 16 février 1909 : *La Loi*, du 9 juillet 1909.

paraît avoir été sans qualité pour constituer un nantissement sur le fonds.

Le prétendu créancier nanti, tiers opposant, n'était en réalité qu'un créancier chirographaire du locataire expulsé, et ne pouvait donc se plaindre de n'avoir pas reçu une notification qui ne devait être faite qu'aux créanciers valablement nantis.

Ceci nous conduit à préciser la situation du bailleur d'un fonds en face d'un créancier du locataire bénéficiant d'un nantissement, en vertu d'une procuration du bailleur. Celui-ci devra-t-il se conformer à l'article 14 de la loi de 1909 ?

La réponse négative ne fait pas de doute, car le cas visé par l'article 14 est celui de résiliation du bail consenti par le propriétaire d'un immeuble à un commerçant qui y a installé son fonds de commerce (7). La loi a voulu que les créanciers nantis soient prévenus de la résiliation un mois à l'avance pour leur laisser le temps d'empêcher, si possible, le déplacement du fonds, déplacement qui leur porterait préjudice, puisqu'il déprécierait le fonds en lui faisant perdre plus ou moins complètement sa clientèle.

La situation est tout à fait différente, lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce rompt le contrat qu'il avait passé avec le locataire. Le locataire s'en va, mais le fonds demeure, et s'il continue d'être exploité à la même place, soit par le propriétaire lui-même, soit par un nouveau locataire, les créanciers nantis ne sont pas exposés au préjudice contre lequel l'article 14 a pour but de les prémunir ; aussi, il y a tout lieu de douter que cette disposition doive recevoir application dans ce cas.

2° *Raisons de l'exonération de principe du bailleur de fonds de commerce :*

D'après les règles du droit commun, le propriétaire de fonds loué n'est tenu ni des délits et quasi-délits, ni des engagements du locataire.

(7) Voir CHÉRON, note précitée.

A. — *Exonération à raison des délits et quasi-délits du locataire :*

Le bailleur du fonds ne saurait être tenu des délits et quasi-délits de son locataire, car celui-ci ne peut être assimilé à un préposé (1).

Déjà, il avait été jugé que le gérant salarié d'une succursale d'une Société d'alimentation, bien que soumis par son contrat à certaines règles qui lui sont imposées par celui-ci, n'est pas un préposé si, assumant la direction effective de sa maison en toute indépendance, il ne peut être relevé dans leurs rapports les liens de dépendance, de subordination ou de direction nécessaires pour la responsabilité civile de la société, notamment à l'occasion d'une tromperie commise par le gérant (2).

Pourtant, dans cette espèce, il s'agissait d'une gérance salariée, *a fortiori* devait-on adopter la même solution en cas de location de fonds. Cette question a moins d'importance et a été moins discutée que celle de la responsabilité à raison des engagements du locataire.

Elle a été tranchée par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 décembre 1935 (3). La Cour a jugé, en l'espèce, que le propriétaire d'un garage qui en a cédé la jouissance pour une année, moyennant une redevance mensuelle fixe, l'exploitant prenant à sa charge tous les frais d'exploitation, et profitant de tous les bénéfices, n'est pas responsable de l'accident causé par l'exploitant qui a utilisé pour des besoins personnels la voiture d'un client qui n'était pas son préposé ; d'autant plus que les clients n'avaient affaire qu'au locataire qui leur délivrait des quittances à son nom, qu'à l'époque de l'accident il n'était plus le préposé du propriétaire et exploitait si bien le garage pour son compte que ce dernier avait dû lui payer les frais de réparation et de garde pour sa propre voiture, et que pour lui faire quitter les lieux le propriétaire a dû ultérieurement suivre contre lui une procédure en référé aux fins d'expulsion.

(1) Cf. CENDRIER (6^e édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 630.

(2) Tribunal comm. Meaux, 3 février 1926. *Gaz. Pal.* 1926.2.422.

(3) Req. 3 déc. 1935. *Gaz. Pal.* 1935.1.519 et la note.

La qualité de commettant et de préposé, susceptible d'entraîner la responsabilité civile du fait d'autrui, exige un lien juridique qui donne le droit au commettant de donner des ordres, des instructions ou des directives à la personne qu'il emploie, et d'autre part oblige celle-ci à s'y conformer ; elle implique donc chez l'un une idée d'autorité et chez l'autre une idée de subordination (4).

Dans cet arrêt de la Cour de Cassation, l'accident avait été commis par un garagiste qui avait utilisé pour ses besoins personnels la voiture d'un client ; la victime prétendait rendre le propriétaire civilement responsable ; or, le lien existant entre le propriétaire et l'exploitant consistait en un contrat de location ; et l'arrêt rapporté décide qu'il n'en résultait pas un lien de préposé à commettant. En effet, la situation créée, qui laissait toute liberté à l'exploitant, n'engendrait aucun lien de subordination.

En ce qui concerne les engagements du locataire, les créanciers ont pu être trompés et croire l'exploitant propriétaire du fonds. Il en est différemment en ce qui concerne l'application de l'article 1384 C. Civ. ; l'apparence qui a pu résulter du contrat est sans portée, car la responsabilité a pour cause le droit de donner des ordres et la possibilité qu'aurait eue le commettant d'empêcher l'accident (5).

B. — *Exonération à raison des engagements contractuels du locataire :*

Le propriétaire du fonds de commerce ne saurait pas plus être tenu des contrats de son locataire que le propriétaire d'un immeuble loué.

Les contrats passés par le locataire avec ses créanciers sont, pour le propriétaire, *res inter alios acta*.

Les principes ordinaires conduisent à l'irresponsabilité du propriétaire, car dans notre législation la personne du débiteur est à

(4) Voir Riom, 5 mars 1935. *Gaz. Pal.* 1935.1.519; Crim., 23 et 25 juin 1932. *Gaz. Pal.* 1932.2.462; Paris, 4 juillet 1934. *Gaz. Pal.* 1934.2.724.

(5) Rappr. Douai, 13 juin 1934. *Gaz. Pal. T.Q.* 1930-1935; V° « Resp. civile », n° 1067 *Rec. Douai* 1934.269 (Voir cep. *infra* 3° Partie, Chap. III, Section II, paragr. 1).

la base de l'organisation générale du crédit ; sauf exception, le créancier n'acquiert de droit qu'à l'encontre de son débiteur personnellement, c'est-à-dire de l'ensemble de son patrimoine, expression de sa personnalité juridique. Les dettes du locataire ne peuvent donc faire naître un droit sur le fonds demeuré la propriété du bailleur (6).

De nombreuses décisions ont affirmé cette solution. Le propriétaire doit être exonéré, si les marchandises dont le paiement est réclamé ont été vendues au locataire, pendant la location, et si d'après le contrat le locataire ne pouvait traiter qu'en son nom personnel (7) ; le contrat dit de gérance libre constitue, en réalité, une location, un louage de choses ; ainsi, le bailleur étant un tiers, par rapport à ceux qui traitaient avec le preneur, ne saurait être obligé envers les créanciers, à raison des travaux faits par ces derniers au locataire qui contractait personnellement, et non comme préposé ou mandataire (8).

« Le propriétaire d'un fonds de commerce donné en location est un tiers par rapport à ceux qui traitent avec le locataire, ce dernier contractant en son nom personnel et non comme mandataire du bailleur. » (9).

Le propriétaire d'un fonds n'est lié à l'exploitant que par un contrat de location pure et simple ; il ne s'est réservé aucun droit de regard sur l'exploitation commerciale, laquelle appartient à son locataire sans limitation, ni réserve ; *a priori*, les règles de la responsabilité du fait d'autrui, strictement limitées en toutes matières civiles, pénales ou commerciales, paraissent étrangères à la cause, le propriétaire n'étant ni le commettant, ni l'associé, ni la caution du locataire, et ne détenant, quant à ses actes civils ou commerciaux, ni autorité, ni solidarité (10).

(6) Cf. CHAUVEAU : « Le fonds de commerce patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre ». Chron. D.H. 1939, p. 37.

(7) Paris (11^e Ch.), 29 mars 1930. *Gaz. Pal.* 1932.2.960, sous-note (a).

(8) Paris (11^e Ch.), 23 février 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note (a) ; *Tr. Com.* 1933.1, p. 259.

(9) Trib. Comm. Roubaix, 12 oct. 1932. *Gaz. Pal.* 1932.2.958.

(10) Grenoble, 13 juin 1935. *Gaz. Pal.* 1935.2.561, S. 1936.2.35, note H. ROUSSEAU.

Aucun principe de droit ne permet de rendre un propriétaire personnellement responsable des actes de son locataire, d'autant plus que le propriétaire s'est interdit toute ingérence dans l'exploitation du fonds loué (11).

L'exonération de principe des propriétaires ne fait pas de doute, s'il n'apparaît pas que ceux-ci se soient, à un moment quelconque, immiscés dans la conclusion du marché passé par le locataire avec le fournisseur, et si rien ne peut permettre de dire que le locataire ait dans la circonstance été le prête-nom ou le mandataire déguisé des propriétaires, ou que ceux-ci se soient livrés à des manœuvres dolosives quelconques susceptibles de tromper les tiers sur la véritable qualité du locataire. Ainsi, à s'en tenir aux termes du droit commun, les propriétaires ne sauraient être obligés, en vertu d'engagements auxquels ils sont demeurés complètement étrangers (12).

Une décision (13) se fonde pour admettre la même solution sur la distinction entre le droit de propriété et de jouissance, car si aucune action directe n'est possible contre le propriétaire, à plus forte raison l'obligation contractée personnellement par le locataire ne pourrait porter atteinte à des droits de propriété qui ne lui ont jamais appartenu, ou qui ne sont jamais entrés dans son patrimoine.

Comme on pouvait le prévoir, il existe des solutions en sens contraire. Il existe, notamment, deux décisions qui, si elles n'ont pas posé, en principe, que le propriétaire était tenu, semblent avoir admis que l'exonération devait s'entendre d'une façon restrictive, et que la responsabilité du propriétaire pouvait être tirée d'une interprétation stricte du contrat de location.

Ainsi, dans une espèce soumise à la Cour de Paris (8° ch.), le 25 mars 1933 (14), l'insertion publiée du contrat avait fait savoir que seul le locataire était responsable du paiement des marchandises nécessaires à l'exploitation du fonds, et commandées par lui ; la

(11) Paris (14° Ch.), 18 novembre 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

(12) Paris (11° Ch.), 25 novembre 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.219.

(13) Trib. Com. Fécamp, 8 janvier 1936. *Gaz. Pal.* 1936.1.638.

(14) Paris (8° Ch.), 25 mars 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.133, sous-note a.

Cour a pris prétexte de ce que l'insertion ne contenait aucune indication relative au paiement du prix des travaux qui pourraient être effectués dans le fonds pour déclarer que les engagements souscrits par le locataire ne sont pas opposables aux fournisseurs, « qui ont effectué des travaux et livré des fournitures en vue de l'agencement du fonds de commerce, et par conséquent dans l'intérêt du dit fonds ».

Cette argumentation nous paraît spécieuse, car en l'absence d'une clause expresse c'est le droit commun qui doit s'appliquer ; en l'espèce, il fallait examiner la nature des travaux effectués.

Un autre jugement, d'ailleurs infirmé par un arrêt de la Cour de Paris (6^e ch.) du 28 juillet 1930 (15) a révélé la même tendance : la responsabilité résulterait implicitement d'une clause du contrat de location portant que la résiliation en serait encourue au cas de poursuite de fournisseurs.

D'autres décisions ont affirmé que le propriétaire du fonds était toujours responsable. Ce serait l'application du droit commun.

« Il serait contraire à la nature des transactions commerciales que des tiers de bonne foi, ainsi qu'apparaissent les demandeurs, livrant des marchandises à un détenteur précaire d'un fonds, se heurtent à des actes dont, même s'ils en avaient eu connaissance, la teneur ne s'oppose pas à leurs justes revendications de créanciers de marchandises. » (16).

Le fait d'avoir facturé les marchandises au nom du pseudo-gérant ne peut suffire à faire présumer que ce fournisseur ait consenti par cela même à l'abandon de la garantie qu'il savait posséder sur le propriétaire ; la renonciation à un droit ne se présume pas, elle doit être publiée (17).

La Cour de Paris (7^e ch.), le 23 décembre 1930 (18), sur appel, a confirmé ce jugement : si la publicité effectuée indique qu'il y a

(15) Voir Paris (6^e Ch.), 28 juillet 1930. D.H. 1930.530.

(16) *Seine Comm.* 29 octobre 1927. *Gaz. Pal.* 1928.2.401, sous-note c.

(17) *Troyes Comm.* 11 juin 1928. *Gaz. Pal.* 1931.1.411.

(18) Paris, 23 déc. 1930 (7^e Ch.). *Gaz. Pal.* 1931.1.411.

simplement mise en gérance, sans donner le contenu du contrat, le propriétaire est toujours considéré comme exploitant, et est tenu de payer les créances relatives à l'exploitation ; le propriétaire est « mal venu à soutenir que ces expressions de mise en gérance s'appliquent de notoriété publique à des locations de nature spéciale rendues d'usage courant par l'élévation des droits d'enregistrement... le propriétaire est incontestablement responsable des achats faits par son gérant ».

Dans cette espèce, le contrat passé était un mandat de gérer avec les pouvoirs les plus étendus, notamment en ce qui concerne les achats et les ventes, mais on se trouvait, semble-t-il, en présence d'une location ; le pseudo-gérant devait payer tous les semestres des sommes importantes et verser un dépôt de garantie de 20.000 francs.

On ne peut considérer la location comme le mandat général d'exploiter, car le mandataire est révocable *ad nutum*, le mandat cesse avec la mort du mandant ; enfin, le propriétaire du fonds pourrait opérer pour son compte le recouvrement des créances de l'exploitant, car le mandant a le droit de se prévaloir des actes passés avec son mandataire. Telles sont les règles essentielles du mandat. Aucune d'elles n'est applicable à la location de fonds.

Le Tribunal de Commerce de Pontoise, le 8 novembre 1928 (19), a jugé que le propriétaire d'un fonds de commerce qui reprend possession de son fonds sans faire inventaire ne pouvait reprendre l'actif sans assumer le passif.

Cette décision a assimilé la reprise d'un fonds à l'acceptation pure et simple, et sans bénéfice d'inventaire, d'une succession. Cette assimilation est injustifiée, car le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine séparé et ne comporte pas un passif propre.

« Le propriétaire a tous loisirs et possibilités pour se renseigner sur le futur locataire », indique à juste titre M. Chauveau (20) ;

(19) *Pontoise Comm.* 8 nov. 1928, rapporté par Paris (6^e Ch.), 26 janv. 1932. *Gaz. Pal.* 1932.I.591.

(20) CHAUXEAU. *Chron. D.H.* 1939, p. 39.

aussi, ne pourrait-on pas fonder la responsabilité du propriétaire sur un mauvais choix ?

C'est, en effet, l'argument sur lequel s'est appuyé un jugement (21) : « ...Attendu qu'ayant seul décidé la mise en location, et choisi son locataire, il est simplement logique et nullement incohérent que les risques de cette situation soient entièrement supportés par celui qui l'a créée, et non par un tiers fournisseur qui peut même l'ignorer. »

La notion de mauvais choix ne peut entraîner de responsabilité que s'il existe aussi un lien de subordination entre les deux parties.

Le propriétaire dans cette espèce avait soutenu que, seul, l'exploitant d'un fonds de commerce serait susceptible de contracter des obligations à raison de son exploitation, et que ce fonds ne serait la garantie des fournisseurs que dans la mesure où l'exploitant serait propriétaire. Le tribunal a fait une réponse déconcertante : « Attendu que Palacin (le propriétaire) se borne là à des affirmations sans indiquer de quels textes et par quel raisonnement il les déduit... »

Rendre le propriétaire responsable des dettes de son locataire, c'est arriver à confondre deux situations différentes : la location et la gérance salariée.

En cas de gérance salariée, le propriétaire est tenu, suivant les règles habituelles du mandat, des dettes contractées pour l'exploitation du fonds, et notamment du paiement des fournitures faites en vue de cette exploitation, sauf à régler la contribution entre le propriétaire et le gérant, suivant les stipulations particulières du contrat de gérance. Pourtant, dans une espèce jugée par le Tribunal de Commerce du Havre (22), le propriétaire-mandant avait été exonéré ; le jugement avait d'abord posé le principe que le propriétaire d'un fonds exploité en son nom par un gérant est responsable des engagements pris par son gérant, que le fournisseur livre ses mar-

(21) *Seine Comm.* 13 janvier 1934. *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(22) *Le Havre Comm.* 18 février 1925. *Gaz. Pal.* 1925.1.687.

chandises au fonds, et qu'elles doivent être payées par celui dont le nom figure sur l'enseigne et qui est inscrit au rôle des patentes.

Cependant, a décidé ce jugement, il est certain que, si le fournisseur a su qu'il vendait des marchandises non pas au titulaire du fonds, mais au gérant, en vue d'une exploitation personnelle et future pour les besoins de ce dernier, il ne peut en réclamer le prix qu'à celui-ci, et non pas au titulaire du fonds avec lequel il savait qu'il ne traitait pas, et auquel il n'avait pas l'intention de livrer ses marchandises.

Le locataire d'un fonds n'a pas seulement le droit d'exploiter le fonds ; il en a aussi l'obligation, le défaut d'exploitation ferait disparaître la clientèle et causerait ainsi un préjudice au propriétaire. Cette obligation serait sans aucune efficacité pratique, si elle n'était pas assortie d'une certaine surveillance du propriétaire.

C'est pourquoi le propriétaire se réserve souvent un certain droit de contrôle, mais on ne peut en déduire ni que le propriétaire sera responsable pour défaut de surveillance en cas de manquement de la part du locataire à ses engagements, ni que ce droit de contrôle crée un lien de dépendance et de subordination entre le propriétaire et le locataire. Le contrôle qu'exerce le propriétaire porte non pas sur l'exploitation elle-même, mais sur ses résultats. Un tel contrôle est nécessaire, en raison de la nature spéciale du contrat de location de fonds de commerce. En cas de bail à ferme, le propriétaire peut savoir, simplement par l'inspection des lieux loués, si le fermier exploite d'une façon normale. En cas de bail de fonds de commerce, le propriétaire peut aussi avoir une idée de la façon dont est exploité le fonds, grâce à des éléments tangibles d'appréciation tels que l'affluence des clients ou l'importance du stock, mais ce n'est pas suffisant, il lui faut aussi examiner, par exemple, la comptabilité de son locataire.

L'exonération du propriétaire s'imposait ; c'est une solution de bon sens et de raison ; il est curieux qu'on ait été obligé d'aller jusqu'en Cassation pour la faire triompher.

CHAPITRE II

SITUATION DES TIERS EN FACE DU CONTRAT DE LOCATION

C'est surtout le souci de ménager l'intérêt des tiers qui a donné lieu à la controverse sur la responsabilité du propriétaire. Le gage des créanciers du locataire est souvent pratiquement nul, en cas de faillite de ce dernier ; le contrat de location risque d'être une source d'abus et la collusion du propriétaire et du locataire est à redouter ; c'est pourquoi la jurisprudence a affirmé, dans de nombreuses hypothèses, le principe de l'inopposabilité du contrat de location.

SECTION I

Droits des créanciers du locataire sur les éléments du fonds

C'est surtout dans le cas de faillite que cette question est intéressante ; le contrat de location étant conclu *intuitu personæ* doit être résilié de plein droit par la faillite du locataire, car « même les contrats qui n'appartiennent pas normalement au type qui vient d'être décrit sont néanmoins résiliés de plein droit par la faillite lorsque les circonstances particulières où ils sont intervenus témoignent de l'intention implicite des contractants de les rendre essentiellement personnels et intransmissibles à la masse » (1).

A défaut de paiement des mensualités, le propriétaire peut demander la résiliation de l'acte intervenu et la reprise de son fonds

(1) THALLER et PERCEROU: *Des faillites*, t. II, n° 883.

même si aucun privilège du vendeur n'a été inséré au profit du propriétaire (2). Il ne nous semble d'ailleurs pas possible qu'un propriétaire puisse prendre inscription d'un privilège sur le fonds qu'il donne en location.

Quels sont les droits des créanciers ? Ceux-ci ne peuvent pas saisir le fonds, mais peuvent-ils saisir le droit au bail pour la période restant à courir ? L'article 1717 du Code Civil reconnaît, en principe, au preneur le droit de sous-louer et même de céder son bail, à moins qu'une clause contraire de l'acte de bail ne lui ait enlevé cette faculté. Comment cet article va-t-il jouer, en cas de location de fonds ?

Boutaud et Chabrol (3) distinguent suivant que le locataire est *in bonis* ou en faillite.

PREMIER CAS : *Le locataire est in bonis* :

La location du fonds de commerce doit être soumise, en droit, à la règle de l'article 1717. Mais, en général, une clause du contrat interdira la cession ou la sous-location, car le bail du fonds est conclu *intuitu personæ* ; le bailleur se préoccupe, avant tout, des qualités professionnelles de celui à qui il cède l'exploitation de son fonds, puisque de ses qualités dépendent la prospérité ou le rapide déclin de son établissement. Aussi, contrairement à la règle d'interprétation, qui prévaut en jurisprudence lorsqu'il s'agit d'un bail ordinaire, on devrait facilement admettre, en cas de location de fonds de commerce, l'interdiction de sous-louer ou de céder le bail dès qu'il serait possible de la rattacher à quelque stipulation du contrat permettant de faire connaître la volonté des parties.

Ces deux auteurs admettent que les créanciers du locataire pourraient faire vendre le droit au bail du fonds pour la période restant à courir à charge de respecter les clauses du bail, et particulièrement l'interdiction de céder ou de sous-louer. Nous ne voyons pas bien l'intérêt d'une telle mesure, car l'acquéreur du droit au

(2) Le Havre Civ. 27 déc. 1927. *Rec. du Havre* 1928.1.64.

(3) BOUTAUD et CHABROL, n° 445 et s.

bail ne pourrait pas continuer l'exploitation sans le consentement du propriétaire du fonds.

Acquéreur et propriétaire entreraient en conflit ; on ne voit pas comment ce conflit pourrait se régler.

DEUXIÈME CAS : *Le locataire est en faillite ; comment va se régler le conflit entre le bailleur du fonds et la masse ?*

La loi du 20 février 1872 (4) ne peut plus trouver son application, et conformément à la jurisprudence antérieure à cette loi, le bail du fonds peut être résilié par application de l'article 1188. Le syndic ne pourrait pas opter pour la continuation du bail du fonds, car l'option ne lui est accordée par la loi que pour le bail des locaux, alors qu'il s'agit du bail du fonds. En admettant qu'il pût opter pour la continuation du bail de l'immeuble, cette faculté ne lui serait d'aucune utilité, puisque la résiliation s'appliquant aux autres éléments du fonds l'exploitation ne serait plus possible.

Que va devenir le droit au bail ? Si le propriétaire de l'immeuble n'a pas obtenu la résiliation du bail à son profit, le droit au bail sera repris par le bailleur du fonds, parce qu'on le considérera comme élément constitutif du fonds, soit même, supposent Boutaud et Chabrol (5), si on voulait lui appliquer la loi du 20 février 1872, parce que la résiliation pourrait être encourue contre la masse à raison de cette circonstance que les locaux seront dégarnis par l'effet des revendications exercées par le bailleur du fonds.

Nous arrivons ainsi à la conclusion de notre développement : les créanciers du locataire ne peuvent, en aucun cas, saisir le droit au bail, que le locataire soit *in bonis* ou qu'il soit en faillite.

Quels vont être les droits des créanciers du locataire sur les marchandises ? Nous adopterons la distinction qui précède.

PREMIER CAS : *Le locataire est in bonis :*

Les créanciers du locataire pourront faire vendre les marchan-

(4) Voir BOUTAUD et CHABROL, n° 450.

(5) Voir BOUTAUD et CHABROL, n° 450.

dises dont il serait devenu propriétaire par suite de l'estimation du bail. Mais les marchandises existant en magasin doivent être considérées comme partie intégrante du fonds qui appartient au bailleur, si le preneur a stipulé dans le contrat de location qu'il doit restituer un fonds garni de marchandises de quantité équivalente à celle qu'il a prises, de telle sorte que le droit des créanciers ne porterait que sur l'excédent, s'il en existait, à la fin du bail.

DEUXIÈME CAS : Le locataire est en faillite ; c'est automatiquement la fin du bail :

En général, une clause attribue les marchandises au propriétaire ; si elles ont été estimées dans le contrat, on décidera que l'estimation aura valu vente ; sinon, on les estimera au moment de la reprise du fonds. De toute façon, la créance du prix sera privée de tout privilège dans la faillite du preneur. Si on a fait l'estimation afin de déterminer seulement la valeur des marchandises à restituer, le bailleur reprendra les marchandises en magasin jusqu'à due concurrence, en même temps que son fonds.

Quant aux autres éléments qui composaient le fonds au moment du bail, nom commercial, marque, brevets, matériel, etc., le bailleur les reprendra, car il n'en a pas perdu la propriété. Les créanciers du locataire devront procéder à une liquidation immédiate ; le locataire ne jouit que d'un faible crédit et ne peut offrir à ses créanciers que des garanties insignifiantes ; ces garanties risquent encore de diminuer, car le contrat de location peut donner lieu à des abus de la part du propriétaire et du locataire.

SECTION II

Dangers du contrat de location. — Exploitation par prête-nom

Des propriétaires de fonds de commerce pourront être tentés de passer des contrats de bail avec des personnes peu solvables. Ils laisseront les fournisseurs traiter avec elles, et grâce aux facilités que ces fournisseurs accorderont au locataire exploitant, le fonds prendra une plus grande valeur, du fait de la clientèle, que cette

façon d'exploiter attirera. Puis, quand le locataire ne pourra plus payer ni ses fournisseurs, ni son loyer, le propriétaire pourra reprendre le fonds de commerce après résiliation du bail.

Tel est un des abus auxquels peut donner lieu le contrat de location, mais le plus grave d'entre eux est certainement l'exploitation par prête-nom.

Cette forme d'exploitation n'est d'ailleurs pas spéciale au bail de fonds de commerce ; elle s'est rencontrée notamment en matière de sociétés anonymes, où la jurisprudence avait jugé que les directeurs de ces sociétés encouraient une responsabilité sur leur patrimoine personnel, lorsque les opérations sociales masquent leurs opérations personnelles (6).

La situation a été envisagée par de nombreux auteurs. Boutaud et Chabrol (7) la définissent ainsi : le prête-nom n'est qu'un figurant, le propriétaire du fonds garde seul les risques de l'exploitation ; on ne fait donc qu'appliquer le droit commun en l'obligeant à payer les fournitures faites pour l'exploitation du fonds (8).

D'ailleurs, le prête-nom reste tenu personnellement comme le serait un mandataire qui traiterait sans faire connaître sa qualité (9). Les tiers ont donc un double recours : c'est l'application des règles de la simulation et de l'article 1321 C. Civ.

« Les bailleurs, le fisc et les créanciers sont recevables et fondés à restituer au contrat son véritable caractère, s'ils prouvent la simulation. Ils puisent ce droit soit dans l'article 1166 C. Civ., qui permet aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur, notamment d'invoquer une contre-lettre, c'est-à-dire une simulation intervenue entre leur débiteur et le pseudo-gérant du fonds de

(6) Req. 29 juin 1908 D. 1910.1.233, note PERCEROU. M. PERCEROU estime toutefois que cette situation se rapproche beaucoup plus du cas de simulation ou supposition de nom que du cas de prête-nom.

(7) BOUTAUD et CHABROL, n° 481.

(8) Voir Paris, 2 déc. 1865, *J. Tr. Comm.* 1866, p. 404 ; 8 déc. 1869, *ibid.* 1870, p. 446.

(9) Paris, 23 nov. 1860, *J. Tr. Comm.* 1861, p. 77 ; 28 juillet 1875, *ibid.* 1876, p. 216.

commerce, soit dans l'article 1321 C. Civ. qui, s'il déclare que les contre-lettres ne peuvent pas nuire aux tiers, ne déclare pas qu'elles ne peuvent pas leur profiter, soit enfin sur les effets généraux de la fraude. Fraude et simulation pourront être prouvées par les tiers par tous les moyens possibles, témoignages et présomptions. » (10).

En outre, les créanciers ont l'action *de in rem verso* dans les limites de l'enrichissement sans cause procuré au propriétaire du fonds (11). Du fait que le prête-nom traite en son nom personnel, il est commerçant (12) ; le mandant l'est également, car il est le véritable maître de l'affaire ; les créanciers du prête-nom pourront donc le mettre en faillite simultanément avec leur débiteur direct (13).

Il semblerait, à première vue, que la situation des créanciers du prête-nom soit privilégiée, en raison des nombreuses voies de recours dont ils disposent ; il n'en est rien, une telle forme d'exploitation présente un danger certain :

« Des fraudes sont à craindre, dont les créanciers seront les dupes : le soi-disant locataire sera dans la réalité l'homme de confiance du propriétaire, qui dans la coulisse conservera la direction de l'entreprise, mais arrêtera toute action des créanciers sur le fonds, en excipant d'un bail dûment enregistré. La preuve de la fraude sera malaisée ; d'autant plus que la publicité du contrat de location sera impuissante à empêcher les fraudes comme la simulation, et au contraire elle donnera à l'acte fictif une apparence accrue d'authenticité. » (14).

Un cas d'exploitation de fonds de commerce par prête-nom s'était présenté devant la Chambre Civile, le 18 octobre 1893 (15), le litige portant non sur la responsabilité du propriétaire du fonds, mais sur celle de son prête-nom. Tout d'abord, décida la Cour de

(10) LALOU: « Mise en gérance de fonds de commerce », D.H. 1928, p. 28.

(11) Req. 5 mai 1879. D.P. 79.1.463.

(12) Rennes, 2 mai 1895. *Jur. de Nantes*, 95.1.271.

(13) THALLER et PERCEROU: *Faillites*, t. I, p. 106, n° 2; LYON-CAEN et RENAUULT, t. I, n° 205.

(14) CHAUVÉAU: *Chron. D.H.* 1939, p. 37.

(15) Civ. 18 oct. 1893, D.P. 94.1.171 et la note.

Cassation, celui qui agit par prête-nom peut, quand il le juge convenable, se mettre aux lieu et place de son mandataire, et continuer en son propre nom la gestion de l'affaire commencée par ce dernier. Contre qui les fournisseurs ont-ils une action ? En droit, écrit l'annotateur, lorsque le mandant a confié son fonds à son prête-nom, maître absolu de l'affaire envers les tiers, il importe peu que les tiers avec lesquels le prête-nom a traité en son nom personnel aient connu sa qualité véritable de prête-nom. Celui qui agit sous le nom d'autrui ne se pose plus en mandant et s'est effacé pour ne laisser apparaître que le prête-nom qu'il a présenté lui-même comme le seul maître de l'affaire ; c'est en cette qualité que le prête-nom s'est engagé envers les tiers, de telle sorte que les contrats qu'il passe avec les tiers en dehors de la présence du mandant, qui a entendu y rester étranger, ainsi que la convention de prête-nom elle-même est *res inter alios acta* vis-à-vis des tiers, le mandant n'a pas d'action directe contre les tiers, ni ceux-ci contre le mandant. Telle est la théorie de l'annotateur de cet arrêt.

S'il est exact que le mandant n'a pas d'action directe contre les tiers, il faut admettre, au contraire, que ceux-ci en ont une contre le mandant à charge pour eux de faire la preuve de la convention de prête-nom, et à condition qu'ils ne soient pas de mauvaise foi, car « les contre-lettres ne sont inopposables qu'aux tiers de bonne foi » (16).

Quelle est la situation, lorsque pendant la gestion du prête-nom, et même à l'occasion de cette gestion, le propriétaire du fonds intervient pour reprendre l'administration de son fonds vis-à-vis d'un tiers ? Sans aucun doute, il a le droit d'agir ainsi, car le mandat, même celui qui est donné à un prête-nom, est toujours révocable. Le propriétaire du fonds traitant en cette qualité s'oblige personnellement, et les tiers trouvent un avantage dans cette substitution, puisque, lors de son intervention directe, le mandant est obligé de

(16) J.-CH. LAURENT: *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*. Thèse, Caen 1931, p. 384.

prendre les choses dans l'état où elles se trouvent par l'effet de la gestion antérieure de son prête-nom.

Dans ce cas, le prête-nom, s'il assiste le propriétaire du fonds, n'agit plus qu'en qualité de simple mandataire ou employé et ne saurait engager sa propre responsabilité.

C'est ce que la Cour de Cassation a décidé dans l'espèce de l'arrêt ci-dessus rapporté : l'action naissant d'une opération traitée dans ces conditions doit être dirigée contre le mandant et non contre le prête-nom qui, vis-à-vis des tiers et dans le concours qu'il a donné à l'opération, n'a agi que comme l'employé du mandant.

Il résultait, en effet, des constatations de fait de l'arrêt attaqué, non seulement que la situation véritable de prête-nom était connue des tiers avec lesquels l'affaire avait été traitée, ce qui ne suffisait pas à dégager la responsabilité du prête-nom, mais encore que les relations établies entre les tiers et le mandant n'avaient donné lieu qu'à des engagements directs et personnels de ce mandant envers les tiers ; dans ces conditions, le prête-nom n'avait agi, vis-à-vis des tiers, que comme l'employé du mandant, et les tiers ne pouvaient poursuivre contre lui l'exécution de la convention passée directement par le mandant.

SECTION III

Répercussions du contrat de location à l'égard des créanciers du locataire

Nous distinguerons, suivant qu'il s'agit d'une location pure et simple et d'une location-vente, car à propos de ce dernier contrat se pose une double question de validité et de publicité.

§ 1. — Répercussions du contrat de location pure et simple

Le contrat de location est-il opposable aux créanciers du locataire ? La question aurait pu se présenter dans les circonstances suivantes : les créanciers de l'exploitant d'un fonds de commerce

veulent saisir ce fonds. Survient une tierce personne qui tente de s'opposer à cette saisie, en prouvant par un contrat de location qu'elle est propriétaire du fonds, et que l'exploitant n'est qu'un locataire. Le contrat de location serait, pour elle, la seule façon de prouver son droit de propriété ; il est, en effet, possible que le propriétaire n'ait pas procédé à une inscription au registre du commerce, qu'il y ait doute sur la personne qui a créé le fonds.

Les créanciers ont-ils le droit de négliger ce contrat, et prétendre qu'il est pour eux *res inter alios acta* ? Non, sans aucun doute, le contrat s'impose aux créanciers du locataire parce qu'il a pour but de prouver l'existence d'un droit réel, et toute convention qui fait la preuve de l'existence d'un droit réel est opposable à tous (1), à condition toutefois que cette convention n'ait pas été passée pour porter atteinte aux droits des créanciers du locataire et qu'elle ait acquis date certaine par l'enregistrement.

Il faut bien admettre l'opposabilité de cet acte comme preuve du droit de propriété, car la présomption posée par l'article 2279 C. Civ., en matière de meubles, ne s'applique pas aux fonds de commerce (2), le contrat interviendrait « comme un fait plus ou moins probant, et non comme un acte de volonté pliant les tiers à sa loi » (3).

En pratique, les litiges n'ont jamais porté sur la question du droit de propriété du fonds de commerce, le propriétaire n'a jamais vu discuter sa qualité. La question de l'opposabilité du contrat de location s'est présentée dans les circonstances suivantes : un créancier non payé du locataire poursuit le propriétaire ; celui-ci, pour se dégager, excipe du contrat de bail. La question que la jurisprudence a eu à trancher portait sur les effets du contrat de location, alors que la question de la propriété porterait sur l'existence d'un droit mentionné dans le contrat.

(1) Civ. 22 juin 1864, D. 1864.1.412, S. 1864.1.349, SAVATIER: *Le prétendu principe de la relativité des contrats* (Rev. Trim. 1934, p. 525 et s.). — SIMONE CALASTRENG: *La relativité des conventions*. Thèse. Toulouse 1939, p. 71 et s., p. 266 et s. — Voir aussi WEILL ALEX: *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*. Thèse. Strasbourg 1938.

(2) Civ. 26 janvier 1914, D. 14.1.112, S. 1920.1.27.

(3) S. CALASTRENG, *op. cit.* p. 276.

De nombreuses décisions de jurisprudence ont admis que le contrat de location était inopposable aux tiers.

Dans une espèce jugée par le Tribunal de Commerce de la Seine (4), le propriétaire d'un fonds prétendait qu'il y avait location, et les fournisseurs prétendaient qu'il y avait gérance salariée. Le tribunal a estimé que, sans avoir à rechercher si l'acte passé entre le propriétaire et le prétendu locataire était opposable aux fournisseurs, il convenait de remarquer que cet acte ne contenait nullement, vis-à-vis des tiers, l'obligation pour les prétendus locataires d'effectuer le paiement, par leurs deniers propres, des marchandises par eux commandées.

La Cour d'Appel de Nancy (5) avait à examiner une espèce où l'insertion publiée dans un journal d'annonces légales contenait la clause suivante : « Le gérant est tenu d'acquitter ses factures et marchandises ; en conséquence, il ne pourra rien être réclamé à Fontaine (le propriétaire) par qui que ce soit à ce sujet. »

Mais, sous prétexte que la deuxième partie de cette clause ne figurait pas au contrat de location, la Cour a jugé « qu'elle ne pouvait être opposée aux tiers qui n'y sont pas intervenus... et qu'au surplus le propriétaire d'un fonds est personnellement tenu au paiement des marchandises commandées par ce gérant (en réalité, il s'agit d'un locataire) sans qu'il y ait lieu, vis-à-vis des fournisseurs, de faire état des conventions passées entre le propriétaire du fonds et son détenteur précaire ».

Les clauses particulières d'un contrat dénommé gérance ne sont pas opposables à un tiers qui n'a eu connaissance que de l'avis indiquant que le propriétaire « avait confié en gérance le fonds de boulangerie qui lui appartenait » (6). Cette gérance était, en réalité, une location-vente. L'arrêt ajoute qu'on ne peut pas opposer un tel contrat, car on ne saurait trouver un titre dans l'emploi d'un procédé

(4) Seine Comm. 29 oct. 1927. *Gaz. Pal.* 1928.2.401, sous-note c.

(5) Nancy, 15 janv. 1929. *Gaz. Pal.* 1929.2.988, sous-note a.

(6) Paris (7^e Ch.), 23 déc. 1930. *Gaz. Pal.* 1939.1.411.

constituant une fraude fiscale. C'est une application un peu forcée de la maxime : *Nemo auditur...*

Le Tribunal de Commerce de la Seine, dans un jugement du 4 mai 1933 (7), subordonne l'opposabilité des effets du contrat de location aux tiers, à la condition de justifier que « ceux-ci n'ont pas pu ignorer la nouvelle situation, et ont ainsi accepté de courir le risque d'être privés du recours de l'article 18 de la loi de 1909 », car « on ne conçoit pas que des conventions particulières et occultes... puissent placer le fournisseur, qui a livré des marchandises dans un fonds mis en location, en face d'un propriétaire devenu irresponsable et d'un locataire auquel la loi de 1909 n'est pas applicable ».

Enfin, la même juridiction, dans un jugement du 13 janvier 1934 (8), a posé en principe que l'acte de location reste pour les fournisseurs d'un fonds *res inter alios acta*, et que les conventions du propriétaire et du locataire, quant au paiement des fournitures, sont valables entre eux, mais ne doivent pas préjudicier aux droits que les fournisseurs peuvent avoir.

Cette jurisprudence ne repose sur aucune base juridique sérieuse; cependant, un auteur, M. Tournon (9), a essayé de la justifier par le raisonnement suivant : l'acte de location serait, en principe, inopposable aux tiers, en vertu de l'article 1165, car de la location résulte un droit personnel, et non un droit réel ; or, les droits personnels nés d'un contrat ne sont pas opposables à ceux qui sont restés étrangers au contrat. Cet auteur est, à notre connaissance, le seul, avec MM. Escarra et Rault (10), qui ait admis le principe de l'inopposabilité du contrat de bail du fonds. Il semble avoir fait une confusion ; c'est dans les rapports des créanciers du propriétaire, d'une part, et du locataire, d'autre part, que ce dernier oppose aux premiers un droit personnel, et nous verrons que ce droit doit être respecté par les créanciers.

(7) *Seine Comm.* 4 mai 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

(8) *Seine Comm.* 13 janvier 1934. *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(9) Voir *Bulletin Soc. Et. Lég.* 1936, p. 70.

(10) ESCARRA et RAULT: *Principes de dr. comm.*, t. I, n° 514.

Quand le contrat est connu, ou qu'il a été publié, il est opposable aux tiers, cela ne doit pas faire de doute, car « le principe d'inopposabilité est une permission d'ignorance ; il est évident qu'il est sans objet dès que cette ignorance n'existe plus » (11).

Quand le contrat n'a pas été publié, trois questions se posent : le défaut de publicité est-il une faute de la part du propriétaire ? Donne-t-il aux tiers le droit d'invoquer l'apparence ? Entraîne-t-il, enfin, l'inopposabilité du contrat de location ? Nous examinerons plus loin les deux premières questions.

Les tiers ne sauraient se prévaloir du principe de la relativité des conventions pour atteindre le propriétaire, même si le contrat n'a pas été publié. Il existe deux lois qui viennent à l'appui de notre affirmation. En vertu de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, les baux d'immeubles non transcrits peuvent être opposés aux tiers, mais seulement pour une durée inférieure à dix-huit ans.

Il résulte de la loi du 17 mars 1909 que le défaut de publicité de la vente rend inopposable, non pas le transfert de propriété, mais le paiement du prix ; il est sans effet sur la transmission de propriété du fonds qui s'opère par le seul effet du consentement des parties même à l'égard des tiers ; cette publication est une mise en demeure adressée aux créanciers du vendeur d'avoir à se faire connaître (12).

Le bail d'un fonds de commerce est opposable aux créanciers du bailleur, à moins qu'ils ne prouvent que l'acte a été fait en fraude de leurs droits, et le bail doit être respecté par l'acquéreur éventuel du fonds (13). Il n'existe aucune raison de ne pas étendre une telle solution aux créanciers du locataire. Il est certain, pourtant, que le bail porte atteinte aux intérêts des créanciers inscrits du bailleur (précédent vendeur ou créancier nanti), et cela pour deux raisons (14) :

(11) PICHON : *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*. Thèse, Paris 1904.

(12) Cf. BOUTAUD et CHABROL n° 142 ; Suppl. n° 64.

(13) Rouen, 23 déc. 1927, D.P. 1928.1.181. note MONTIER.

(14) Voir note MONTIER précitée.

1° L'exploitation du fonds passe aux mains d'un tiers que les créanciers ne connaissent pas. Il se peut que ce tiers manque des connaissances techniques voulues et du crédit nécessaire pour exploiter le commerce ou l'industrie auquel le fonds est affecté ;

2° Le fonds de commerce étant grevé du bail va perdre une partie de sa valeur marchande, car il n'en est pas du fonds de commerce comme d'un immeuble, un fonds de commerce n'est pas une valeur de placement. Aussi, l'existence d'un bail est-elle susceptible d'écarter tous les acquéreurs éventuels, car il leur serait impossible, s'ils étaient adjudicataires, de l'exploiter avant la fin du bail.

Le propriétaire, lorsqu'il est poursuivi par les créanciers de son locataire, devrait, non pas exciper du contrat de bail, mais invoquer plus simplement qu'il était un tiers dans l'opération passée entre son locataire et le créancier, qu'il avait abandonné les risques de l'exploitation de son fonds à un locataire, comme le prouvait le contrat de location. Les tiers devraient alors prouver, pour retenir la responsabilité du propriétaire, que celui-ci avait pris une part effective à l'exploitation du fonds. On a tort de parler d'opposabilité ou d'inopposabilité du contrat ; le propriétaire doit établir simplement que la situation de fait postérieure au contrat correspond bien aux stipulations.

L'argument suivant lequel le contrat de location est *res inter alios acta* pour le fournisseur ne pourrait se soutenir que si l'on voulait mettre à sa charge une des obligations prises par le locataire envers le propriétaire.

Il n'est nullement question de rendre applicables aux créanciers du locataire les effets prévus par le contrat de location. Il convient de délimiter, à ce sujet, la portée du principe de la relativité des conventions.

« Le sens de l'article 1165 doit être précisé... les contrats valent à l'égard de tous, qu'ils créent ou transmettent des droits réels ou des obligations, en ce sens que tous sont tenus d'en reconnaître les effets entre les parties, et le cas échéant en souffrent préjudice, à

moins qu'ils n'aient un droit préférable émanant du même auteur, d'une autre personne, ou de la loi. » (15).

« Du moment où l'acte juridique est valable, il va vivre, et sa vie même, son existence, peuvent avoir des effets reflexes qui nuiront ou profiteront à autrui, qui devra le reconnaître et ne pourra le nier... Il s'agit, en réalité, de suites qui échappent au cercle contractuel qui ne relèvent plus uniquement de la volonté des parties ; elles sont issues de combinaisons entre le contrat et la position même des tiers. » (16).

« Etre opposable, c'est être susceptible de se dresser face à autre chose comme une réalité secourable ou néfaste. Le contrat comme un tout vit et s'oppose à tous. Seul son déroulement interne reste personnel. » (17).

De nombreux auteurs admettent, plus spécialement, que les créanciers du locataire doivent reconnaître l'existence du contrat de location de fonds. Ainsi, pour M. Ripert (18), malgré le principe de la relativité des contrats, toute convention crée une situation juridique qui s'impose aux tiers, tout au moins dans certaines conditions. Mais M. Ripert écrit, à propos de la location de navire (19) : « Les tiers doivent toujours pouvoir compter sur la responsabilité de celui que l'acte de francisation désigne comme propriétaire du navire et ne peuvent avoir à souffrir de la convention intervenue entre celui-ci et son locataire, convention qu'ils sont en droit d'ignorer. » Il n'y a pas contradiction entre les deux affirmations de M. Ripert. La deuxième se justifie, non pas par le principe de la relativité des conventions, mais par la théorie de l'apparence. Le contrat de location du navire n'a pas modifié l'apparence suivant laquelle le propriétaire exploite lui-même le navire, les tiers n'ont pas à souffrir de cette convention occulte.

(15) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN: *Tr. pr. de dr. civ. français* 1930, t. VI, p. 449.

(16) S. CALASTRENG, *op. cit.*, p. 15.

(17) S. CALASTRENG, *op. cit.*, p. 71.

(18) G. RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(19) G. RIPERT: *Précis de droit maritime*, n° 71.

MM. H. et L. Mazeaud, dans leur commentaire des trois arrêts de la Cour de Cassation (20), donnent aussi des précisions : le principe de l'inopposabilité des contrats ne joue que si on voulait opposer à un tiers une obligation résultant d'un contrat auquel il est étranger, l'en rendre débiteur et lui en réclamer l'exécution, mais il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'opposer à ces tiers l'existence de fait de ce contrat : « Les tiers peuvent se voir opposer cette existence aussi bien d'ailleurs qu'ils peuvent s'en prévaloir. L'article 1165 C. Civ. ne dit pas que les conventions n'existent pas vis-à-vis des tiers, mais seulement qu'elles n'ont pas « d'effet » à leur égard. Il importe de bien saisir la distinction (21).

M. H. Rousseau (22) admet aussi que les créanciers du locataire doivent reconnaître l'existence du contrat de location, et invoque à cet effet l'argument d'après lequel le créancier chirographaire du locataire suit la foi de son débiteur, d'autant plus qu'il s'agit d'un contrat antérieur à la naissance de sa créance. Et cet auteur prouve qu'il ne peut exister de restrictions à ce principe : « Sans doute, l'inexécution par le locataire des engagements contractés envers le propriétaire ne pourrait pas être opposée par celui-ci aux fournisseurs s'il était tenu envers eux, mais il ne saurait en être de même du contrat qui a pour objet la formation de ce lien entre le propriétaire du fonds et les fournisseurs du locataire. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte qui restreignît la liberté du propriétaire du fonds. Or, ce texte n'existe pas. »

A notre avis, la jurisprudence a invoqué le prétexte du principe de la relativité des conventions non publiées, parce que le défaut de publicité n'est pas une faute suffisamment caractérisée.

La location est un contrat distinct de la gérance salariée avec clauses d'exonération du propriétaire ; dans ce dernier contrat, le

(20) Req. 6 déc. 1938 et 22 fév. 1939; Civ. 28 fév. 1939; *Rev. Trim.* 1939, p. 770. Commentaire H. et L. MAZEAUD.

(21) H. et L. MAZEAUD: *Rev. Trim.* 1939, p. 770; *Tr. th. et prat. de la resp. civile*, t. I (3^e édit.), n° 238.

(22) H. ROUSSEAU, S. 1934.2.173.

principe est que le propriétaire reste responsable, sauf dans les hypothèses prévues par ces clauses.

Il est possible que le propriétaire insère, dans un contrat de gérance salariée, une clause suivant laquelle il ne sera responsable que de certains achats effectués par son gérant, par exemple des achats effectués au comptant ou des achats qu'il aura approuvés. Une telle clause est-elle valable, ou tout au moins est-elle opposable aux tiers ?

Un arrêt de la Cour de Paris (11^e ch.) du 7 juin 1930 (23) a répondu affirmativement : « Considérant... qu'au surplus si le contrat pouvait être considéré comme une gérance, c'est-à-dire comme un mandat, il y aurait lieu de retenir qu'il a été convenu que Bonnevie (le propriétaire) ne serait pas responsable des achats et crédits faits par Maguet (le prétendu gérant), et que cette restriction des pouvoirs du mandataire, ainsi que des obligations du mandat, a été portée à la connaissance des tiers par la publication faite aux *Petites Affiches*, publication qui relate la responsabilité exclusive de Maguet pour les achats et crédits faits pendant cette gérance. »

La même juridiction, le 29 mars 1932 (24), a rendu, dans le même sens, un arrêt aux termes duquel, même lorsque la location constitue en réalité une gérance salariée ou un mandat, le propriétaire ne saurait être tenu, si les clauses restrictives du mandat ont été portées à la connaissance des tiers par la publication d'usage, ce qui permettait au fournisseur de se renseigner sur la qualité et les pouvoirs du prétendu gérant avant de traiter avec lui.

Ces deux décisions vont à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la Cour de Cassation à propos de gérance de société (25). La Cour de Cassation avait déclaré valables, à l'égard des tiers de bonne foi, les actes de gérant de société passés malgré une limitation

(23) Paris (11^e Ch.), 7 juin 1930. *Gaz. Pal.* 1932.1.958.

(24) Paris (11^e Ch.), 29 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.2.960, sous-note (a).

(25) Req. 5 nov. 1900, S. 1901.1.127; Req. 17 mai 1905, *Gaz. Trib.* (2^e sem.), 1.192; Req. 21 mars 1910, S. 1913.1.297; Req. 14 janvier 1920, S. 1920.1.272. *Gaz. Pal.* 1920.1.395.

contractuelle des pouvoirs ordinaires d'un gérant ; pourtant, la clause de limitation avait été publiée.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes, le 14 janvier 1920 (26), le directeur gérant d'un café important avait effectué une opération qui excédait les pouvoirs accordés par les statuts, en l'espèce un achat de vin. La Chambre des Requêtes, pour maintenir l'opération, invoqua la faute commise par les administrateurs, en laissant pleine liberté au directeur-gérant.

Cette argumentation implique que la clause restrictive avait été publiée, bien que l'arrêt ne se soit pas expliqué à ce sujet, sinon il aurait suffi d'invoquer le défaut de publicité pour valider les actes passés par le directeur-gérant. On justifie cet arrêt en invoquant la notion de normalité, de tels actes font parties des pouvoirs normaux d'un gérant de société ou d'un administrateur-délégué (27).

Le législateur a sanctionné cette jurisprudence en disposant dans la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée (article 24, alinéa 2 *in fine*) que toute limitation contractuelle aux pouvoirs des gérants de ces sociétés serait sans effet à l'égard des tiers.

Il existe deux hypothèses dans lesquelles les tiers seraient parfaitement fondés à invoquer que le contrat leur est inopposable : la première serait celle où le même exploitant demeurant à la tête du fonds, il s'est produit, en l'absence de toute publicité, un changement dans sa qualité (par exemple, un gérant salarié devient locataire, il n'a plus la qualité de mandataire), le propriétaire reste cependant tenu, en vertu de l'article 2005 C. Civ., car les tiers ignoraient la résiliation du mandat ; ou bien encore le propriétaire du fonds en devient locataire, toujours en l'absence de toute publicité (28).

(26) Req. 14 janvier 1920 précité.

(27) J.-CH. LAURENT : *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*. Thèse, Caen 1931, p. 249.

(28) Voir Req. 21 novembre 1881. *Gaz. Pal.* 82.1.161 D.82.1.165.

La deuxième hypothèse est beaucoup plus fréquente : il est ordinairement prévu dans des clauses du contrat de location que le locataire sera tenu d'exécuter les contrats en cours que le propriétaire du fonds a pu passer avec des tiers à l'occasion de son exploitation ; nous sommes ici sur le terrain véritable de la relativité des conventions, tel qu'il est prévu par l'article 1165. Ainsi, malgré cette stipulation, le propriétaire du fonds demeure personnellement tenu à l'égard des tiers des engagements par lui contractés et non exécutés par le locataire.

Deux dispositions législatives réservent à certains créanciers du locataire un recours contre le propriétaire :

La première ne vise pas expressément le contrat de location, mais résulte des termes généraux de la loi du 19 juillet 1928, modifiant l'article 23 du livre I du Code du Travail. En vertu de cette loi, le propriétaire qui reprend son fonds est tenu d'exécuter les contrats de travail passés par le locataire. Le nouveau texte est ainsi conçu : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds; mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise. »

Cette loi est une dérogation certaine au principe de la relativité des conventions ; elle n'a pas été prise dans l'intérêt de l'exploitation du fonds de commerce, mais dans l'intérêt des ouvriers et employés auxquels le législateur a voulu réserver une situation stable, en les garantissant contre le chômage, et surtout contre la cessation brusque d'un travail en dehors de tout délai-congé.

Cette loi s'applique, toutefois, au propriétaire du fonds, seulement si celui-ci en reprend l'exploitation. S'il n'exploite pas par lui-même, elle passe au nouveau locataire. Le propriétaire ou le nouveau locataire restent libres de congédier les ouvriers et employés, mais ils devront observer la procédure prévue par la loi.

La deuxième disposition législative concerne le fisc ; c'est l'article 28 du décret-loi du 2 mai 1938, complétant ou modifiant l'article 391 du Code général des Impôts directs.

Rappelons, tout d'abord, l'attitude du fisc envers le propriétaire du fonds. Le fisc a estimé que la redevance payée par un locataire est assimilable à un bail d'objets mobiliers, et en conséquence passible de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux.

La jurisprudence a admis la même opinion (29). La location de fonds de commerce n'est pas la simple location d'objets mobiliers, mais la location d'une universalité mobilière qui comporte essentiellement des éléments autres que des objets mobiliers ; on concevrait donc que l'on fasse une ventilation dans le montant de la redevance pour n'assujettir — plus spécialement en matière d'impôt sur le chiffre d'affaires — que la portion de la redevance afférente à la location des objets mobiliers dépendant du fonds de commerce. Cette solution est écartée, la jurisprudence n'entend envisager que l'ensemble de l'opération.

L'intention du Gouvernement (30), ainsi qu'il en résulte des articles qui précèdent l'article 28 du décret-loi du 2 mai 1938, était de s'opposer par ces dispositions « aux pratiques des mauvais contribuables qui cherchent à organiser leur insolvabilité pour éluder l'accomplissement de leurs obligations ».

La nouvelle rédaction de l'article 391 du Code général des Impôts directs est la suivante : « Le propriétaire d'un fonds de commerce est solidairement responsable avec l'exploitant de cette entreprise des impôts directs établis à raison de l'exploitation de ce fonds. »

Les auteurs soulignent la pertinence de cette disposition lorsqu'il s'agit du fisc ; on souhaiterait la même précision de la part du législateur lorsqu'il s'agit des intérêts des parties.

La mesure édictée par l'article 28 précité n'est pas spéciale aux propriétaires ayant donné leur fonds de commerce en location ; l'article 28 comporte aussi des dispositions qui s'appliquent aux époux séparés de biens et vivant sous le même toit, aux gérants, directeurs, administrateurs ou liquidateurs de sociétés.

(29) Conseil de préfecture Seine, 19 janvier 1931. *Gaz. Pal.*, 1931.1.337 et la note. — V. GUILHOT: *Les gérances de fonds de commerce en droit fiscal*.

(30) Voir notes fiscales, D.H. 1938, p. 37.

Jusqu'ici, le propriétaire d'un fonds de commerce donné en location ne pouvait, d'une manière générale, être recherché pour le paiement des impôts dus par l'exploitant. L'article 28 précité institue une solidarité entre ces deux contribuables pour le recouvrement des impôts directs établis à raison de l'exploitation du fonds. L'Administration des Contributions directes pourra donc, désormais, en cas de défaillance d'un locataire d'un fonds de commerce, se tourner vers le propriétaire. Ce dernier voit ainsi s'aggraver singulièrement le risque de perte qui résulte pour lui de la défaillance de l'exploitant de son fonds.

Nous ne contesterons pas que la réglementation ancienne était de nature à paralyser, dans bien des cas, l'action du percepteur qui se trouvait devant un débiteur apparemment insolvable, mais le nouveau texte peut avoir des conséquences redoutables pour les propriétaires de fonds de commerce. Ceux-ci seront certainement conduits, soit à augmenter le dépôt de garantie qu'ils demandent à leur locataire, soit à exiger de ces derniers une caution réputée solvable. Remarquons, d'ailleurs, que l'Administration pourra, dans des cas particuliers, tempérer la rigueur des dispositions dont il s'agit, en accueillant les demandes de remises ou modérations qui seront présentées par les propriétaires intéressés, au nom des exploitants défaillants.

Ces demandes devront être instruites en se basant sur les facultés contributives de ces derniers, et non sur celles du propriétaire, lorsqu'il n'y aura aucune raison de suspecter sa bonne foi.

Il nous reste, maintenant, à examiner sommairement les répercussions du contrat de location-vente à l'égard des tiers.

§ 2. — Répercussions du contrat de location-vente à l'égard des tiers (1)

Le contrat de location-vente est-il opposable aux tiers ? En général, la question a présenté de l'intérêt, surtout pour les créanciers

(1) V. TROUILLER et ADOLPHE LACAN : *La location-vente et les contrats qui s'y rattachent*.

du propriétaire ; la location-vente ne devrait pas porter atteinte, en particulier, au précédent vendeur du fonds.

Ainsi, lorsqu'il résulte des stipulations d'un acte de remise en location d'un fonds avec promesse de vente que les parties ont entendu dissimuler sous cette forme une véritable vente, le locataire ayant assumé pour son compte tous les charges et risques de l'entreprise dont il doit aussi retirer tous les profits, le précédent vendeur en partie impayé, et qui, ayant réservé son privilège de vendeur, et stipulé qu'au cas de revente la totalité de son prix deviendrait de plein droit exigible, a vainement réclamé les paiements, est fondé à poursuivre la mise en adjudication du fonds (2).

La question de l'opposabilité d'un tel contrat aux créanciers du locataire s'est présentée dans une affaire jugée par la Cour de Paris (3^e ch.), le 7 novembre 1930 (3). Les propriétaires du fonds avaient essayé, dans cette espèce, de repousser la demande du créancier en arguant que la location dissimulait une vente. Ils n'avaient fait du contrat qu'une publicité insuffisante. « Considérant que le contrat du 1^{er} mars constitue une vente déguisée parfaite entre les parties dont la réalisation publique et régulière est différée. »

« Considérant que les époux Paquot (propriétaires) reconnaissent n'avoir fait qu'une publication dans les *Annonces Parisiennes* du 16 mars 1927 ; que cette seule constatation permet à la Cour de dire, d'ores et déjà, que le contrat dont arguent les appelants n'ayant pas été publié dans les formes prescrites par la loi dans l'intérêt des tiers, n'est pas opposable à Duclos (créancier du locataire), qui en l'espèce est un tiers. »

Le moyen de défense du propriétaire était maladroit, car on ne peut trouver de justification dans un procédé dissimulant une fraude fiscale.

M. Demogue (4) approuve cette solution : la publicité légale en matière de vente n'ayant pas été effectuée, le contrat était inoppo-

(2) Paris (6^e Ch.), 24 avril 1928. *Gaz. Pal.* 1928.2.398.

(3) Paris (3^e Ch.), 7 novembre 1930. *Gaz. Pal.* 1931.1.105.

(4) DEMOGUE : *Rev. Trim.* 1931, p. 158.

sable. En réalité, nous estimons que ce contrat n'est inopposable qu'aux créanciers du propriétaire.

Le contrat de location-vente est-il valable ? Cette question présente un sérieux intérêt pour les créanciers du pseudo-locataire ; les droits de ces derniers sur le fonds de commerce varieront suivant la façon dont sera tranchée cette question de la location-vente.

La loi du 27 février 1912 étant d'ordre public, la nullité qu'elle prescrit doit être prononcée d'office par les tribunaux, et peut, par suite, être invoquée par les contractants eux-mêmes, malgré la règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

La Cour de Paris (11^e ch.) a fait une application de ce principe dans son arrêt du 23 octobre 1929 (5). Le locataire avait obtenu la nullité du contrat de location, la Cour a condamné le propriétaire à lui rembourser la totalité des sommes versées, et ce avec les intérêts de droit, car ces sommes se trouveraient sans cause entre les mains du propriétaire, par suite de la nullité. Si le locataire avait eu des créanciers non payés, ceux-ci auraient fait opposition au paiement de ces sommes et n'auraient pas été lésés par l'annulation de la location-vente.

La jurisprudence a parfois refusé de reconnaître la nullité du contrat de location-vente, lorsque cette nullité risquait d'avoir des conséquences contraires à l'équité.

D'autres décisions estiment qu'entre les parties la vente de fonds de commerce est valable sous quelque forme qu'elle ait lieu. Même si la vente résultait d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente, qui constitue dans l'intention des parties une vente déguisée du fonds, et même si elle n'a pas été soumise à la publication prescrite par la loi du 17 mars 1909, cette irrégularité de forme ne saurait entraîner entre les parties la nullité de la convention ; le défaut de publication n'entraîne pas la nullité de la vente : seuls, les créanciers, dans l'intérêt desquels ces formalités ont été édictées, pourraient être fondés à se prévaloir de leur inobservation ; à l'égard des parties,

(5) Paris (11^e Ch.), 23 octobre 1929. *Gaz. Pal.* 1929.2.987.

la vente, qui n'est assujettie à aucune forme particulière, est devenue parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et le prix, et le défaut de publicité n'a pas d'autres conséquences que de rendre la vente inopposable aux créanciers de l'exploitant du fonds ; dès lors, le locataire n'est pas fondé à exciper d'une prétendue nullité d'ordre public de la convention, pour se soustraire à l'exécution de ses engagements (paiement des mensualités et autres), et demander la restitution de ce qu'il a déjà versé ; enfin, on ne saurait invoquer une dissimulation partielle du prix de vente et, par conséquent, la nullité, résultant de l'article 7 de la loi du 27 février 1912, si la promesse de vente, avec imputation des mensualités versées sur le prix, dont le contrat de location est assorti, a fixé ce prix d'une manière irrévocable, en sorte qu'on ne peut invoquer une dissimulation partielle du prix de vente (6).

La doctrine a formulé plusieurs théories pour justifier ce contrat. Un auteur (7) a invoqué la théorie de la simulation : dès l'instant que la soi-disant location déguise une véritable vente elle en produit nécessairement tous les effets. Cet auteur cite, à l'appui de sa théorie, un jugement inédit de Tribunal Civil de la Seine (2^e ch.) du 24 janvier 1935. Suivant cette théorie, les créanciers du locataire pourront, en vertu de l'article 1321 C. Civ., se prévaloir de la contre-lettre intervenue après le contrat de location pour saisir et faire vendre le fonds.

Le locataire pourrait accorder à ses créanciers tous droits de préférence, gage, nantissement, warrants, sur ce fonds de commerce, et ces créanciers pourront, le cas échéant, venir en concours avec les créanciers du vendeur, et même le primer ; toutefois, il reste un problème dont on ne peut prévoir la solution : c'est l'organisation du concours entre les deux catégories de créanciers.

Il existe d'autres théories (8) : si l'on admet que la vente n'est parfaite qu'au dernier paiement, les créanciers du locataire ne

(6) *Seine Comm.* 12 déc. 1928, *Gaz. Pal.* 1929.1.85. Dans le même sens, Paris (11^e Ch.), 5 nov. 1928, *Gaz. Pal.* 1929.1.85.

(7) COHEN: *Traité des fonds de commerce*, p. 628.

(8) Voir ROURE: *Gérance de fonds de commerce*. Thèse. Aix 1929, p. 124.

peuvent pas considérer le fonds comme appartenant à ce dernier, à moins que, par l'exercice de l'action oblique, ils ne paient aux lieu et place du locataire le prix restant à régler d'après le contrat pour faire tomber le fonds de commerce dans le patrimoine de leur débiteur, et le saisir. C'est la théorie de la validité.

La troisième théorie émise est celle de la nullité absolue : le tribunal pourrait prononcer la nullité de la location-vente, soit au bénéfice des tiers, soit même entre les parties contractantes, et cela d'office ; le bailleur garderait l'entière propriété du fonds et son locataire serait un occupant sans droit ni titre, tous les actes relatifs au fonds et faits par ce dernier seraient nuls et de nul effet, et ne pourraient conférer même aux tiers de droit quelconque. Ceux-ci pourraient, dans certaines conditions, demander des dommages-intérêts au bailleur coauteur de l'acte nul, à condition qu'il y ait une relation de cause à effet entre la nullité de l'acte et l'insolvabilité du locataire.

La solution de principe, qui décharge le propriétaire de toute responsabilité, n'a pas paru satisfaisante à la jurisprudence et à de nombreux auteurs ; c'est pourquoi on a cherché un fondement juridique à cette responsabilité.

DEUXIÈME PARTIE

Recherche d'un Fondement Juridique
à la responsabilité du Propriétaire
dans la loi du 17 Mars 1909

Nous venons de voir que le propriétaire ne saurait être tenu pour responsable des engagements du locataire, en vertu du seul contrat de location ; or, nous nous proposons de chercher un fondement à la responsabilité du propriétaire. Notre attitude est-elle logique ? La responsabilité du propriétaire envers les créanciers ne peut pas être une responsabilité ayant pour base le contrat de location. C'est ce qu'avaient affirmé implicitement Boutaud et Chabrol (1) dans la question qu'ils posent sur notre sujet : les créanciers du locataire n'auraient-ils pas action sur le fonds, non pas du chef du preneur, mais du chef du bailleur lui-même ?

Le propriétaire ne peut pas être tenu envers les créanciers, à raison des contrats passés par le locataire, ces contrats étant pour lui *res inter alios acta*.

Les parties seules sont tenues l'une à l'égard de l'autre par ce contrat de location, en tant que contrat ; mais cela laisse intact, entre le propriétaire et les tiers, le champ des autres sources de responsabilité.

Le contrat de location, d'une part, les contrats passés par le locataire, d'autre part, tout en n'obligeant pas comme tel le propriétaire, peuvent parfaitement influencer comme simple fait sur la responsabilité qu'il encourt par ailleurs.

« Peut-on trouver, en droit, un fondement à une obligation du bailleur ? » demande M. P. Raynaud (2). Et cet auteur ajoute : « Cette question en pose aussitôt une autre qui en dépend dans une large mesure, mais que les besoins de la dialectique nous obligent à distinguer : si le propriétaire est responsable, il faudra encore savoir les caractères et l'étendue de sa responsabilité. »

(1) BOUTAUD et CHABROL, n° 447.

(2) P. RAYNAUD : *Rev. gén. de dr. comm.* 1939, p. 780.

Nous rechercherons quelle serait la cause juridique de l'obligation éventuelle du propriétaire, mieux encore, nous plaçant sur le terrain pratique, nous nous efforcerons d'apprécier les chances de succès d'une action dirigée contre lui, action à laquelle on assignera chacun des fondements énumérés par la suite.

Nous verrons que l'étendue de la responsabilité du propriétaire sur son patrimoine pourrait varier avec chacun de ces fondements, tantôt tout son patrimoine se trouve engagé, tantôt ce n'est que le fonds de commerce, tantôt enfin il n'est engagé qu'à concurrence d'une certaine somme.

Quelle que soit la position que l'on adopte, de toute façon il existe une hypothèse dans laquelle le propriétaire ne pourra, en aucune façon, être rendu responsable : c'est lorsque la créance est étrangère au fonds de commerce. Un auteur (3) prévoit aussi l'hypothèse où le fournisseur connaissait la véritable situation du locataire. Mais cette connaissance ne met obstacle, en réalité, qu'à une action fondée sur l'apparence.

Trois théories ont été tirées de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909 ainsi conçu :

Article 18, paragraphe 1 : « Le Tribunal de Commerce, saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce, peut s'il prononce une condamnation, et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds. Il statue, dans les termes des paragraphes 5 et 6 de l'article 15 ci-dessus, et fixe le délai d'après lequel, à défaut de paiement, la vente pourra être poursuivie. »

Paragraphe 2 : « Les dispositions de l'article 15, paragraphe 8, et de l'article 17 sont applicables à la vente ainsi ordonnée par le Tribunal de Commerce. »

(3) ROURE : Thèse. Aix, 1929, précitée p. 51.

Les partisans de ces théories voudraient les faire jouer en toutes circonstances : que le locataire soit ou non insolvable ; que le propriétaire ait ou non profité de la location ; qu'il ait procédé à une publicité du contrat ou que la location soit demeurée occulte ; que les créanciers aient connu ou ignoré la véritable situation.

Nous procéderons successivement à l'examen de ces théories et des arguments qui les appuient, chacun de ces arguments fera l'objet d'une critique séparée, et chaque théorie elle-même fera l'objet d'une critique d'ensemble.

CHAPITRE PREMIER

THEORIE DE L'ACTION DIRECTE

Cette théorie a été créée par un arrêt de la Cour de Paris (3^e ch.) du 7 novembre 1930 (4), aux termes duquel l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, en permettant « au Tribunal de Commerce saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds de commerce, s'il prononce condamnation et si le créancier le requiert, d'ordonner la vente du fonds, a consacré un droit de gage et partant le droit de rechercher le propriétaire qui ne peut dès lors exciper du défaut de lien de droit entre lui et le créancier ».

Cet arrêt a donc posé le principe d'une responsabilité solidaire du propriétaire et du locataire ; le lien de droit entre le créancier et le locataire est personnel.

La Cour de Paris (7^e ch.), dans son arrêt du 13 juin 1933 (5) a consacré ce système et a ajouté : « Ce qui permet au créancier de rechercher et d'atteindre le propriétaire du fonds ; on ne saurait soutenir, en conséquence, qu'il n'y a point de lien de droit entre le créancier et ce dernier. » La Cour écarte l'objection tirée de ce que le bailleur avait publié son acte, cette publicité ne pouvant priver les fournisseurs de la garantie que lui donnent les textes. Elle pousse très loin les conséquences de la théorie de l'action directe, puisqu'elle admet, en outre, qu'on ne saurait trouver dans le fait que les fournisseurs aient accepté du locataire des traites, en paiement des marchandises qu'ils avaient fournies, la justification qu'ils

(4) Paris (3^e Ch.), 7 nov. 1930. *Gaz. Pal.* 1931.1.105.

(5) Paris (7^e Ch.), 13 juin 1933. *Gaz. Pal.* 1934.2.496.

considéreraient celui-ci comme le seul débiteur, la renonciation à un droit de la part de celui qui le détient ne se présument pas.

Il existe, dans le même sens, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (6), qui affirme que cette théorie doit jouer en tous cas : le paiement ou le non-paiement de redevances dues par le locataire au propriétaire ne peut avoir d'influence sur la solution du litige entre ce dernier et les fournisseurs ; il importe peu que le propriétaire n'ait pas profité directement de la marchandise.

Ce jugement précise, de plus, que le propriétaire peut être tenu au delà de la valeur de son fonds : « Il importe peu... que la thèse de Loir (le fournisseur) (7) amène le propriétaire à être responsable de toutes les livraisons faites au locataire, cette responsabilité découlant des textes et ne pouvant disparaître que si le propriétaire réussit à établir que le fournisseur a sciemment et volontairement *fait confiance au seul locataire*, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. » Et, pour terminer, le jugement ajoute que les conséquences de cette théorie sont parfaitement connues du propriétaire et prévisibles par lui.

Les décisions qui admettent ce système ne s'arrêtent devant aucune considération de fait, telle que la radiation du bailleur au registre du commerce, l'inscription du locataire, ou encore la publication du bail avec mention que le bailleur ne sera pas responsable des dettes de son locataire.

Toutefois, pour faire jouer ce système, ainsi que les autres, qui sont tirés de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, il faut établir que la créance litigieuse se rattache à l'exploitation. Il y a preuve d'une telle créance si les reçus du prêt spécifient que les sommes empruntées sont destinées à faire face à une échéance, et si les sommes prêtées sont passées sur le livre de caisse du fonds de commerce (8).

Le droit français connaît de nombreux cas d'action directe ;

(6) Seine Comm. 13 janvier 1934. *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(7) C'est-à-dire la théorie de l'action directe.

(8) Paris (3^e Ch.), 7 nov. 1930, précité.

M. Solus (9) donne d'une telle action la définition suivante : « L'action directe est une action en paiement qui est accordée exceptionnellement à un créancier en son nom personnel et pour son propre compte contre un débiteur de son débiteur. »

Lorsque la jurisprudence a accordé aux créanciers du locataire *une action directe contre le propriétaire du fonds*, il n'était nullement précisé que celui-ci était le débiteur de son locataire ; M. P. Hébraud (10) donne à l'action directe, en général, le motif suivant : « L'action directe apparaît comme une dérogation à l'article 1166 du Code Civil, grâce à laquelle le créancier favorisé évite le concours avec les autres créanciers du débiteur. Le motif qui pousse à accorder à ce créancier le bénéfice exclusif de l'action appartenant au débiteur, c'est qu'elle est née dans le patrimoine du débiteur par le fait du créancier et n'aurait pas existé sans lui. »

Ce motif n'existe pas dans notre cas ; cette action directe, accordée aux fournisseurs du locataire, serait d'un genre nouveau.

On a donné quelquefois à cette théorie le nom de théorie du droit de gage spécial, mais cette expression laisse supposer que le propriétaire du fonds est tenu *propter rem*, que sa responsabilité est limitée, alors que le patrimoine entier du propriétaire pourrait être engagé ; c'est pourquoi nous la réserverons pour désigner la deuxième théorie tirée de l'article 18. Ces conséquences seraient dangereuses pour le propriétaire, car « elles permettraient d'obtenir une condamnation personnelle susceptible d'être recouvrée par voie d'exécution sur tous les biens de ce propriétaire autres que le fonds lui-même » (11).

Ce sont surtout cette conséquence et le caractère particulier de cette théorie qui ont déterminé de nombreuses décisions à la repousser.

(9) SOLUS : *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil*. Thèse, Paris, 1914.

(10) P. HÉBRAUD : « L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur ». (*Rev. Crit.* 1931, p. 388.)

(11) Paris (14^e Ch.), 29 déc. 1934. D.P. 1935.2.37. Note MONTIER.

Aucun lien de droit n'existe, en tous cas, entre le fournisseur et le propriétaire, et celui-ci ne saurait être recherché pour éteindre les propres dettes de son locataire (12). « Considérant, d'autre part, qu'il serait vain d'invoquer... les dispositions de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909 ; qu'en admettant que cet article puisse permettre à de simples créanciers chirographaires ne bénéficiant d'aucun nantissement d'obtenir du tribunal la vente du fonds de commerce, lorsqu'il est exploité par son propriétaire, il ne saurait, tout au moins, en être ainsi lorsqu'il est donné en gérance libre, sinon le propriétaire verrait, non seulement périr son fonds (ce qui serait déjà injuste parce que contraire à la nature juridique du contrat de bail qui le lie), mais aurait encore l'obligation de payer au delà de la valeur du fonds sur ses deniers personnels des dettes commerciales contractées par un tiers pour des opérations auxquelles il serait demeuré complètement étranger, et dont il n'aurait tiré aucun profit. »

L'article 18 ne permet pas d'admettre que le propriétaire d'un fonds de commerce soit personnellement responsable du passif du locataire du fonds, alors d'ailleurs que le contrat de location est sérieux et sincère (13).

On ne peut dire réellement que cet article 18 consacre au profit des créanciers un droit de gage spécial sur le fonds, et partant le droit de rechercher le propriétaire ; en effet, cet article se borne à autoriser le Tribunal de Commerce saisi à ordonner la vente du fonds ; cette rédaction étant loin de consacrer un droit formel de gage sur le fonds au profit du poursuivant, elle met simplement à la disposition du tribunal la possibilité d'ordonner cette vente du fonds, au cas où les circonstances de fait l'amèneraient à constater une réelle responsabilité du possesseur du fonds, malgré les apparences de contrats plus ou moins déguisés (14).

(12) Paris (11^e Ch.), 14 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.949.

(13) Paris (7^e Ch.), 21 avril 1932. *Gaz. Trib.* 16 juin 1932.

(14) Saint-Etienne Comm. 24 nov. 1932. *Gaz. Pal.* 1933-2.133, sous-note b.

On retrouve la même opinion exprimée dans un arrêt de la Cour de Grenoble (15) : « Si l'équité incline à protéger les tiers même contre leur propre imprudence, on ne saurait méconnaître la situation exorbitante que l'adoption de la jurisprudence des premiers juges (théorie de l'action directe) ferait au propriétaire bailleur qui, en vertu d'un contrat de location parfaitement licite, et qui a pu lui être commandé par le souci de réserver à lui-même ou à ses héritiers un élément de son patrimoine, serait rendu responsable *in infinitum* de la libre gestion de son locataire.

« Aucune énonciation de la loi du 17 mars 1909, poursuit l'arrêt, aucune indication des travaux préparatoires ne conduisent à présumer que le législateur a voulu octroyer à ses créanciers, contre le propriétaire non exploitant, une action directe qui lui permettrait de faire porter ces exécutions, le cas échéant, sur le propre et privé patrimoine de celui-ci... La jurisprudence adoptée par les premiers juges, dans un souci d'équité et de loyauté, risque d'aboutir à ce résultat qu'au cas de location pure et simple le bailleur, contractuellement écarté de l'exploitation commerciale, se verrait entièrement ruiné par des agissements malheureux, téméraires ou coupables, qu'il n'aurait nulle possibilité de prévoir, de contrôler ou d'interdire, et qu'il serait ainsi rendu solidaire des désastres de l'exploitation sans être associé à ses profits. »

C'est dans le cas d'ouverture d'un compte courant en banque que les conséquences de cette action apparaissent comme particulièrement dangereuses (16). Le locataire pourra obtenir d'une banque un découvert illimité, sous forme par exemple d'escompte d'effets de commerce, sans même avoir besoin de demander l'accord et la signa-

(15) Grenoble, 13 juin 1935, *Gaz. Pal.* 1934.1.633, S. 36.2.35, note HENRI ROUSSEAU. Dans le même sens Paris (11^e Ch.), 10 mars 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.950 sous-note b; Trib. Comm. Charleville, 11 mai 1932, *Gaz. Pal.* 1934.2.296, sous-note b; Paris (14^e Ch.), 29 déc. 1934, D.P. 1935.2.37, *Gaz. Pal.* 1935.1.321; Paris (11^e Ch.), 25 nov. 1935, *Gaz. Pal.* 1936.1.219; *Fécamp Comm.*, 8 janvier 1936, *Gaz. Pal.* 1936.1.638.

(16) Voir DUPRÉ : « De la responsabilité du bailleur de fonds de commerce envers les fournisseurs. Interprétation de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909 ». (*J. des Notaires* 1936, p. 772.)

ture de celui qui, en fin de compte, devra payer. Il sera impossible au propriétaire d'arrêter cette « hémorragie de son capital ».

L'admission d'un tel système présentait beaucoup trop de risques ; c'est pourquoi la doctrine ne l'a jamais demandée. La Cour de Cassation (Chambre des Requêtes), le 6 décembre 1938 (17), repoussait cette théorie, en décidant qu'il ne résultait ni de la lettre de l'article 18, ni de son esprit, que le propriétaire d'un fonds loué puisse être poursuivi personnellement. La jurisprudence avait élaboré, à partir de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, une autre théorie plus modérée que celle que nous venons d'exposer.

(17) Req. 6 décembre 1938, D.P. 1940.1.5, S. 1939.1.9.

CHAPITRE II

THÉORIE DE L'ACTION RÉELLE DE L'OBLIGATION « PROPTER REM » OU DU DROIT DE GAGE SPÉCIAL

Nous exposerons cette théorie, désignée de trois façons différentes, avant d'en commencer la discussion :

SECTION I

Exposé de cette théorie (1)

Elle est de construction prétorienne, et la doctrine l'a commentée ou développée : il résulterait de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, que le Tribunal de Commerce, saisi d'une demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds, peut, s'il prononce une condamnation, ou s'il rend un jugement authentifiant la créance, et si le créancier le requiert, ordonner la vente globale du fonds, sans avoir à considérer si le débiteur est le propriétaire du fonds, son mandataire, un usufruitier ou même un locataire. *Le fonds répond des dettes contractées par celui qui l'exploite à quelque titre que ce soit.* Le propriétaire du fonds, même s'il n'est pas le débiteur de la créance dont le paiement a été ordonné par le jugement, sera quand même, et malgré tout, obligé de subir la vente forcée de son fonds, avec toutes les conséquences de droit, même si aucune faute ou fraude ne lui est imputée. Le titulaire d'une

(1) Voir DEMONTÈS : « Examen de jurisprudence » (Rev. Crit. 1937, p. 37); DEMOGUE : Rev. Trim. 1934, p. 147; DUPRÉ : J. des Notaires 1936, p. 763; CHAUVEAU : Chron. D.H. 1939, p. 37; RAYNAUD : Rev. Crit. 1936, p. 596.

créance se rattachant à l'exploitation du fonds a le droit de faire exécuter sa créance sur le fonds. Le droit de poursuite sur le fonds est autorisé pour les dettes du preneur, mais cette théorie refuse au créancier le droit de poursuivre le propriétaire du fonds sur ses autres biens ; elle exclut, en quelque sorte, sa responsabilité personnelle pour ne relever que la responsabilité réelle du fonds, et c'est là sa caractéristique essentielle.

Toutefois, le propriétaire reste libre de s'opposer à la vente en payant la dette réclamée, s'il ne veut pas laisser sur son fonds le droit de vente qui serait inscrit dans l'article 18.

Il n'y aurait aucun lien de droit entre le propriétaire et les créanciers ; la situation créée par cette théorie est analogue à celle envisagée par l'article 2077 C. Civ. ; le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur ; ce tiers ne s'engage pas personnellement à la différence de la caution.

L'article 18 aurait créé un droit réel nouveau : celui de faire vendre le fonds auquel il a été consenti des fournitures à crédit. Par le seul fait de la location, le bailleur aurait conféré aux créanciers éventuels de l'exploitant un droit de gage tacite non inscrit, et par conséquent occulte. Cet article 18 jouerait, quelle que soit la connaissance que les tiers aient eu du contrat.

Cette théorie a été précisée et définie d'une façon particulièrement claire par l'arrêt de la Cour de Paris (14^e ch.) du 29 décembre 1934 (2) :

« Considérant que ce texte (l'article 18) crée au profit du créancier un droit de gage exceptionnel sur le fonds de commerce, sans distinguer si celui qui l'exploite en est ou non le propriétaire, de telle sorte que tout fournisseur de marchandises livrées à l'exploitant d'un fonds de commerce quel qu'il soit, et qui poursuit le paiement de ses marchandises, peut requérir la mise en vente du fonds s'il n'est pas payé, qu'évidemment le propriétaire du fonds pourra faire cesser les poursuites en payant lui-même les créanciers,

(2) Paris (14^e Ch.), 29 déc. 1934, D.P. 1935.2.37, note MONTIER ; *Gaz. Pal.* 1935.1.321.

mais qu'il y a pour lui une simple faculté dont il usera ou non dans la plénitude de sa liberté. »

Le propriétaire, sans être personnellement obligé, est tenu *propter rem*, en vertu du droit de gage spécial conféré par l'article 18 aux créanciers de l'exploitant du fonds, et l'arrêt ajoute que le législateur a créé ce droit de gage spécial pour « sauvegarder les légitimes intérêts des fournisseurs. ».

Nous ne pensons pas, contrairement à l'opinion émise par plusieurs auteurs, que cet arrêt soit le promoteur de la théorie de l'action réelle. M. Chauveau (3) semble aussi admettre, par les décisions de jurisprudence qu'il cite, que cette théorie existait avant l'arrêt de la Cour de Paris du 29 décembre 1934. Le mérite, d'ailleurs considérable de cet arrêt, est d'avoir donné à la théorie de l'action réelle une définition claire, et de l'avoir nettement distinguée de l'action directe. Mais elle avait été élaborée, auparavant, d'une façon confuse, il est vrai.

Le commentateur d'un arrêt de la Cour de Paris (11^e ch.) du 14 mars 1932 (4) l'avait déjà envisagée, en écrivant que, si l'article 18 est applicable, il ne peut permettre de rendre le propriétaire du fonds responsable sur tous ses biens, ce qui exclut le recours contre lui personnellement, en réservant cependant l'exécution sur le fonds.

Un arrêt de la Cour de Paris (7^e ch.) du 21 avril 1932 (5) avait envisagé la même théorie, mais c'était pour la refuter.

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (6) l'avait aussi exposée dans les termes suivants : « Attendu que cette disposition spéciale (l'article 18), qui a pour but la simplification de la procédure d'exécution, a pour effet de créer, sinon un droit de gage spécial, du moins une possibilité de réalisation immédiate du bien d'autrui, avec affectation après les créances privilégiées à l'extinction de la dette.

(3) CHAUVEAU, *op. et loc. cit.*

(4) Paris (11^e Ch.), 14 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.950.

(5) Paris (7^e Ch.), 21 avril 1932. *Gaz. Trib.* 16 juin 1932.

(6) Seine Comm. 4 mai 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

« Attendu qu'en accordant cette facilité au créancier fournisseur le législateur de 1909 a manifesté sa volonté que les éléments constitutifs d'un fonds de commerce répondissent dans un court délai des engagements du propriétaire de ce fonds. »

En outre, le tribunal accueille le moyen tiré du défaut de lien de droit invoqué par le propriétaire.

La même théorie a-t-elle été sinon adoptée, du moins définie dans un jugement du Tribunal de Commerce de Charleville ? (7). On ne peut le dire avec certitude, car les termes de cette décision sont quelque peu équivoques : « Attendu... que cet article (article 18) se borne à autoriser le Tribunal de Commerce saisi à ordonner la vente du fonds ; que cette rédaction est loin de créer un droit formel de gage sur le fonds au profit du poursuivant ; qu'elle met simplement à la disposition du tribunal la possibilité d'ordonner cette vente du fonds, au cas où les circonstances de fait arriveraient à constater une réelle responsabilité du possesseur du fonds, malgré les apparences de contrats plus ou moins déguisés, que dans le cas présent... le tribunal, faisant usage de la faculté d'appréciation qui lui est donnée par l'article 18 précité, estime que le propriétaire du fonds loué ne peut encourir de responsabilité vis-à-vis des tiers fournisseurs. »

MM. Escarra et Rault (8) admettaient aussi, avant l'arrêt de la Cour de Paris du 29 décembre 1934, que l'article 18 autorisait les créanciers effectivement avertis de la location à vendre le fonds, mais l'obligation du propriétaire ne pouvait être personnelle et indéfinie que si les créanciers avaient ignoré l'existence du contrat de location et la stipulation mettant le passif à la charge exclusive du preneur.

L'arrêt de la Cour de Grenoble du 13 juin 1935 (9), de même que l'arrêt de la Cour de Paris (14^e ch.) du 29 décembre 1934 (10),

(7) Charleville Comm. 11 mai 1932. *Gaz. Pal.* 1934.2.296.

(8) ESCARRA et RAULT: *Principes de dr. comm.*, t. I, n° 514.

(9) Grenoble, 13 juin 1935. *Gaz. Pal.* 1935.2.561, S. 36.2.35, note H. ROUSSEAU.

(10) Paris (14^e Ch.), 29 décembre 1934 précité. Il est à remarquer que ni cet arrêt, ni l'arrêt précité de la Cour de Grenoble n'ont ordonné la vente du fonds car la demande des créanciers ne contenait rien de tel.

repoussent l'action directe pour admettre l'action réelle, et pour affirmer que le fonds de commerce possède un passif propre, en se basant pour cela sur l'intention du législateur : « Ce texte (l'article 18), qui crée un droit exceptionnel au profit des créanciers commerciaux, ne vise uniquement que le fonds de commerce considéré isolément, et en quelque sorte personnellement ; il signifie que l'entité juridique ainsi créée doit, en quelques mains qu'elle soit placée, répondre de son propre passif ; la préoccupation du législateur d'envisager le fonds de commerce *in abstracto*, et de le frapper de même, est trop claire, les garanties qu'il confère à la loyauté commerciale trop appréciables pour qu'on soit tenté de l'étendre au delà des limites qu'il a nettement posées. »

Si la Cour de Grenoble a adopté cette théorie, c'est, selon M. H. Rousseau (11), parce qu'elle n'a pas osé aller jusqu'au bout du principe qu'elle avait posé ; elle s'est arrêtée à une cote mal taillée.

L'arrêt de la Cour de Paris (11^e ch.) du 25 novembre 1935 (12) admet implicitement l'action réelle, puisqu'il reproche au créancier du locataire d'avoir omis de requérir en temps utile la mise en vente du fonds, et d'user ainsi de la faculté accordée au créancier par l'article 18 de la loi du 17 mars 1909.

La technique imaginée par cette jurisprudence est intéressante et originale (13). « Ces décisions abandonnent l'idée trop classique d'une responsabilité personnelle du propriétaire qui, tiers, ne peut répondre des dettes du locataire. En d'autres termes, elles affectent le fonds au paiement des dettes nées pour les besoins de son exploitation. »

M. Chauveau s'en est montré le défenseur le plus éloquent ; il reconnaît, tout d'abord, que la nouvelle interprétation de l'article 18 est osée, ingénieuse et sans doute un peu forcée ; il propose, cepen-

(11) H. ROUSSEAU, note précitée.

(12) Paris (11^e Ch.), 25 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.219.

(13) Voir CHAUVEAU, *op. et loc. cit.*

dant, avant de condamner cette interprétation, de voir si ses résultats pratiques ne seraient pas les meilleurs :

« Sa solution est efficace, nette et certaine, qualités appréciées du commerce. Elle évite les discussions sur la forme de la publicité et les incertitudes sur la valeur de celle effectuée, elle dispense les fournisseurs de recherches pratiquement impossibles à réaliser.

« Elle déjoue par avance toute velléité de fraude aux droits des créanciers par le moyen d'une convention fictive de gérance libre, et dispense de la preuve difficile de cette simulation.

« Elle donne aux prétentions légitimes des fournisseurs une satisfaction au total plus juste. Leur reconnaître une action personnelle contre le propriétaire du fonds, c'est leur accorder un droit de poursuite sur tout son patrimoine. Ils ne peuvent équitablement prétendre à autant, car ils n'ont pu compter sur les ressources patrimoniales ignorées d'un propriétaire en principe inconnu.

« L'affectation donne action sur le fonds seulement, tout en laissant au propriétaire la possibilité d'en éviter la vente, s'il préfère désintéresser le créancier. Or, l'action sur le fonds est, elle, équitable ; le mouvement de jurisprudence en faveur des créanciers en serait presque une preuve suffisante. On ne saurait contraindre les fournisseurs à se contenter de la responsabilité souvent inconsistante et illusoire du locataire, car on n'aperçoit pas de publicité qui puisse sûrement les atteindre, et la pratique commerciale s'accommoderait mal de recherches constantes relatives aux droits de chaque client éventuel sur le fonds. Le propriétaire a, lui, au contraire, tous loisirs et possibilités pour se renseigner sur le futur locataire avant de traiter avec lui.

« Dans ces conditions, n'est-ce pas une idée satisfaisante de voir le fonds répondre des dettes nées pour les besoins de son exploitation ? »

Nous verrons, par la suite, si cette tendance mérite d'être approuvée.

Le système de l'action réelle aurait l'avantage de s'harmoniser beaucoup mieux avec les principes du droit des obligations et du

patrimoine que la théorie du passif propre du fonds de commerce ; il permettrait d'échapper à l'objection que l'on pourrait tirer de l'article 2093 du Code Civil, qui consisterait à opposer le principe de la personnalité des dettes et de l'unité du patrimoine à la tentative de limitation de la responsabilité du bailleur au seul fonds de commerce.

Nous terminons cet exposé par quelques remarques sur les obligations réelles ou *propter rem*.

Cette expression d'obligation *propter rem* serait équivoque, car elle n'implique pas une limitation de la responsabilité ; le propriétaire serait tenu à la manière du détenteur d'un immeuble hypothéqué (14).

Cette expression nous paraît, au contraire, pouvoir s'appliquer à cette théorie, car, comme l'écrit M. de Juglart (15) : « L'obligation réelle ne s'impose que sous la réserve du droit d'abandon ou de déguerpissement. »

On a essayé de mettre à la charge des propriétaires de fonds de commerce d'autres obligations *propter rem*, notamment celles nées de la clause de non-concurrence et de la clause d'exclusivité d'approvisionnement, mais la jurisprudence n'a pas reconnu un tel caractère à ces obligations et a refusé généralement d'étendre une obligation relative à un bien à un acquéreur de ce bien (16).

La théorie étudiée dans ce paragraphe, bien que de création jurisprudentielle, n'a jamais été utilisée pour condamner un propriétaire, car jamais elle n'a figuré dans la demande d'un créancier. Les décisions se sont simplement bornées à indiquer cette action aux créanciers du locataire, qui semblent pourtant n'avoir pas suivi cette invitation. Cette théorie, qui n'a eu aucune application pratique, a donné lieu, pourtant, à de vives controverses.

(14) Voir P. RAYNAUD, *op. et loc. cit.*

(15) DE JUGLART : *Obligations réelles*. Thèse. Bordeaux 1937, p. 284.

(16) Cf. S. CALASTRENG : *La relativité des conventions*. Thèse. Toulouse 1939, p. 142 et s.

SECTION II

Arguments invoqués en faveur de la théorie de l'action réelle de l'obligation « propter rem » ou du droit de gage spécial

Nous examinerons chacun de ces arguments, et nous en ferons la critique séparément. Dans une section suivante, nous entreprendrons la critique d'ensemble de la théorie de l'action réelle.

§ 1. — *Existence d'un passif propre au fonds*

Nous examinerons, tout d'abord, la nature juridique du fonds de commerce en droit allemand (1).

Une théorie allemande voyait, dans le fonds de commerce, un être moral, une entité juridique distincte de la personne de son titulaire, un sujet de droit doué d'une existence personnelle et pourvu de caractères propres.

Il existe une autre théorie, qui n'est qu'une forme atténuée de la précédente : le fonds de commerce n'a pas la personnalité juridique, mais la notion d'affectation fait du fonds de commerce à l'intérieur du patrimoine, une sorte de patrimoine mineur. On donne à ce patrimoine d'affectation le nom de *Zweckvermögen*, car il tirerait son existence de l'exploitation commerciale envisagée elle-même comme fin ou comme but.

La *Firma*, qui est la dénomination propre du fonds et son élément essentiel et caractéristique, se trouverait en quelque sorte personnifiée.

Ces deux théories de la personnalité morale et du patrimoine d'affectation ont les mêmes conséquences, notamment ce qui concerne l'obligation aux dettes. En effet, l'affectation aurait pour résultat

(1) Voir ESCARRA: *Principes de dr. comm.*, t. I, p. 487. — Pour le bail de fonds de commerce en droit comparé, voir DES GOUTTES: *Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé*. Thèse. Genève 1938, p. 145. — GOMBEAUX: *La notion de fonds de commerce*. Thèse. Caen 1901, p. 283.

de donner au fonds de commerce une indépendance juridique lui conférant un actif et un passif autonome. La première théorie arrivait au même résultat par la fiction de la personnalité morale.

Ainsi, en droit allemand, lorsque la *Firma* est transmise avec le fonds, les créances et les dettes commerciales sont transmises de plein droit à l'acquéreur.

En droit français, la question de savoir si le fonds de commerce était une universalité juridique à passif propre, un patrimoine spécial affecté aux dettes nées de l'exploitation du fonds, a été discutée, surtout avant la loi du 17 mars 1909 (2).

Elle présentait de l'intérêt pour déterminer les droits des créanciers du propriétaire du fonds ; en cas de cession de ce bien, les créanciers risquaient de se voir frustrés d'un gage sur lequel ils pouvaient légitimement compter. Pouvaient-ils poursuivre l'exécution de leur créance sur ce fonds ?

La réponse dépendait de la nature juridique du fonds de commerce. Depuis la loi du 17 mars 1909, cette question a perdu son principal intérêt (3), puisque les créanciers du propriétaire ont un droit d'opposition et de surenchère sur le prix de vente. Elle est redevenue d'actualité lorsqu'il s'est agi de déterminer les droits des créanciers d'un commerçant non propriétaire du fonds qu'il exploite.

En général, la jurisprudence a refusé de considérer le fonds de commerce comme une personne morale ayant un passif propre ; mais, en matière de location de fonds, elle a dérogé à sa ligne de conduite.

Si, évidemment, une chose inanimée ne peut avoir de personnalité, le fonds de commerce constitue une entité juridique parfaitement définie que la loi du 17 mars 1909 a d'ailleurs précisée d'une manière qui en rend l'existence incontestable (4).

(2) Sur l'histoire de la théorie du patrimoine d'affectation, voir SALEILLES : « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite » (*Ann. dr. comm.* 1897, p. 39 et s.).

(3) Cf. PLANIOL et RIPERT : *Tr. élém. de droit civil*, t. I, n° 2173 bis.

(4) *Seine Comm.* 13 janv. 1934. *Gaz. Pal.* 1934.1.623.

La Cour de Grenoble (5) admet aussi que le fonds de commerce est une entité juridique qui doit répondre, en quelques mains qu'elle soit placée, de son passif propre. Ces termes sont inexacts, car entité ne veut pas dire personnalité distincte ; un meuble corporel, un champ sont des entités ; ils peuvent faire l'objet de contrats multiples, ils ne sont pas des personnalités pouvant contracter ni s'obliger.

La doctrine a depuis longtemps admis qu'un fonds de commerce n'avait pas de passif propre, mais plusieurs auteurs ont souhaité voir appliquer au fonds de commerce la théorie du patrimoine d'affectation, et parmi eux MM. Grunzweig et Chauveau (6) ; pour ce dernier, cette théorie s'appliquerait déjà, en droit maritime, au navire. M. Ripert (7) démontre, au contraire, que la fortune de mer n'est séparée de la fortune de terre que matériellement, et si le Code de Commerce (article 216) accorde la faculté d'abandon, il n'établit nullement une séparation légale entre la fortune de terre et la fortune de mer ; les tiers peuvent apprécier l'importance de cette dernière et connaître la valeur du crédit de l'armateur, le droit terrestre arrivera difficilement à constituer un patrimoine commercial aussi nettement différencié du patrimoine civil.

« La fortune de mer est connue ; elle est séparée de la fortune de terre sans aucune confusion possible. Le capitaine est lié à cette fortune de mer par des signes apparents et tangibles. La seule qualité de ce représentant montre aux tiers quels sont les biens qui répondront de la dette, et ainsi sans erreur, ni fraude possible, on réalise une séparation qu'on arriverait difficilement à concevoir pour d'autres biens. » (8).

Le fonds de commerce est-il une universalité juridique ou une universalité de fait ?

(5) Grenoble 13 juin 1935, *Gaz. Pal.* 1935.2.561 dans le même sens ; Bourges, 12 janv. 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.951 sous-note c ; Trib. comm. Saint-Etienne, 12 avril 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.955 ; Trib. comm. Nevers, 18 nov. 1931, *Gaz. Pal.* 1932.1.956 sous-note c.

(6) CHAUVEAU : *Chron. D.H.* 1939, p. 37 ; GRUNZWEIG : *Le fonds de commerce et son passif propre*. Thèse. Bruxelles-Paris 1938.

(7) RIPERT : *Droit maritime*, t. II, n° 187.

(8) RIPERT, *op. cit.*, p. 191.

La tendance actuelle de la doctrine est de voir là une controverse d'ordre purement verbal. Cette controverse provient, à notre avis, du double sens de l'expression « universalité juridique » :

1° Est juridique toute universalité qui possède un actif et un passif propre, comme une succession par exemple ;

2° On attribue aussi ce sens à une universalité susceptible de faire l'objet de contrats, portant sur l'ensemble des éléments qu'elle renferme.

La controverse n'a plus grande importance, puisqu'on est d'accord pour ne point comprendre les créances et les dettes nées de l'exploitation dans la mutation du fonds.

M. P. Raynaud (9), bien qu'ayant manifesté assez de sympathie pour le patrimoine d'affectation, ne pense pas que cette théorie puisse avoir une place en matière de fonds de commerce.

Il semble que les décisions de jurisprudence citées plus haut aient admis bien légèrement l'argument du passif propre du fonds de commerce ; un tel argument se heurte au principe fondamental du droit français, suivant lequel il n'existe pas de personne morale sans texte.

Déjà, un auteur (10) écrivait, en 1854, à propos de la personnalité morale des sociétés : « Pour qu'une fiction existe dans la sphère du droit, il faut qu'elle soit consacrée par la loi ; le jurisconsulte, l'interprète sont impuissants à la créer, parce qu'elle a toujours pour résultat de produire une déviation de l'application des règles juridiques ; en attribuant à une personne ou à une chose une qualité, qu'elle ne possède pas en réalité, elle entraîne toujours l'application de certains principes qui, sans elle, demeureraient inapplicables. »

Du point de vue législatif, la théorie du patrimoine d'affectation ne peut pas se soutenir, puisque, d'une part, la loi du 17 mars 1909 a reconnu aux créanciers civils un droit d'opposition sur le prix de

(9) P. RAYNAUD: *Rev. gén. de dr. comm.* 1939, p. 785.

(10) THIRY: *Rev. crit.* 1854, p. 444.

vente du fonds ; d'autre part, le passif ne se transmet pas avec le fonds, sauf dans l'hypothèse particulière d'apport en société.

La fiction de la personnalité du fonds de commerce ne peut pas s'induire d'un texte aussi particulier que l'article 18 de la loi du 17 mars 1909. Cependant, on a essayé d'utiliser la lettre de l'article 18 à d'autres fins.

§ 2. — *Notion de confiance au fonds*

Elle a donné lieu à des discussions sans fin, tant en jurisprudence qu'en doctrine.

C'est en invoquant cette notion que le Tribunal de Commerce de la Seine, le 3 mai 1929 (1), rend le propriétaire du fonds responsable des marchandises commandées par le locataire, et qui ont profité au fonds, de même dans son jugement du 30 décembre 1930 (2), où nous trouvons écrit :

« Attendu qu'il n'est dès lors pas contestable qu'il (le fournisseur) a fait confiance au propriétaire du fonds, et que celui-ci peut être par lui recherché à l'occasion des livraisons. »

Le propriétaire d'un fonds de commerce ne peut exciper du défaut de lien de droit entre lui et le créancier du locataire qui, en livrant des marchandises pour l'exploitation du fonds, a fait confiance non à la personne du locataire, mais au fonds de commerce (3).

Le fonds de commerce, constituant une entité juridique parfaitement définie, il n'est nullement absurde de constater que des livraisons ont été faites à ce fonds, et que c'est à ce fonds que confiance a été accordée (4).

La Cour de Bourges émet la même opinion (5) : « Les fournis-

(1) *Seine Comm.* 3 mai 1929; *Gaz. Trib.* 11 février 1930.

(2) *Seine Comm.* 30 déc. 1930; *Gaz. Pal.* 1931.1.413.

(3) *Seine Comm.* 20 juin 1932; *Gaz. Pal.* 1932.2.960.

(4) *Seine Comm.* 13 janvier 1934; *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(5) Bourges, 12 janvier 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.951.

seurs ont fait confiance au fonds sans qu'ils aient à rechercher les conventions qui ont pu être passées entre le propriétaire du dit fonds et son détenteur. »

La décision du Tribunal de Commerce de Saint-Étienne du 12 avril 1932 (6) développe les conséquences de cette notion :

« ...Il est évident que les fournisseurs font confiance au fonds de commerce lui-même qui se trouve être la garantie des créances privilégiées ou non qu'ils peuvent avoir sur ce fonds.

« En faisant des livraisons à Schott, les fournisseurs n'ont pas seulement fait confiance à ce dernier, mais ils ont fait confiance principalement au fonds lui-même, et par répercussion à ses propriétaires véritables, en l'espèce Schott et son ex-épouse ; celle-ci doit donc être déclarée responsable avec Schott des fournitures nécessaires à l'exploitation du fonds dont il avait l'administration provisoire. »

L'idée de confiance au fonds devrait jouer en toute hypothèse (7) : « On doit considérer, en réalité, que le créancier qui a livré des marchandises pour l'exploitation d'un fonds a fait confiance à ce fonds. »

M. Chauveau (8), tout en précisant cette notion et ses conséquences, tente de la justifier : « Normalement, lorsqu'un créancier traite avec un commerçant, le fonds de commerce est le principal élément de crédit, en considération duquel il consent une fourniture. D'un point de vue commercial, c'est le plus et peut-être le seul visible connu et facilement appréciable. En cas de défaillance du débiteur, le fonds de commerce est le gage normal des fournisseurs ; son importance, comme élément de crédit, est telle que la loi du 17 mars 1909 a pris des mesures contre sa vente inopinée qui en consommerait la disparition subreptice... Les fournisseurs font confiance en considération du fonds plutôt que de la personne de son

(6) Trib. comm. Saint-Étienne, 12 avril 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.955.

(7) Paris (7^e Ch.), 13 juin 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.496 dans ce sens ; *Nevers Com.*, 18 nov. 1931. *Gaz. Pal.* 1932.1.958 sous-note b ; Paris (3^e Ch.), 23 janvier 1931. *Gaz. Pal.* 1931, p. 410 ; *Sem. Jur.*, 1931.260, note GUILHOT.

(8) CHAUVEAU, *op. et loc. cit.*

locataire. Dès lors, pour que leur confiance ne soit pas trompée, le fonds lui-même doit répondre des dettes de son exploitation, et ils (les tribunaux) reconnaissent aux créanciers un droit de gage spécial sur lui... Les créanciers ont vu le fonds en la possession de leur débiteur ; ils ont normalement tablé sur sa valeur de gage ; on ne saurait les priver du bénéfice de cette apparence, ni leur refuser une action sur le bien en considération duquel ils ont fait crédit. »

D'autres opinions ont essayé de limiter les cas d'application de cette idée.

On ne doit accorder de valeur à l'affirmation suivant laquelle les fournisseurs font confiance au fonds que si elle est étayée de justifications (9) ; la confiance au fonds ne trouverait un fondement que dans l'hypothèse d'un quasi-délit imputable au propriétaire (10).

Pour des auteurs (11), cette idée paraît avoir une valeur plus morale que juridique, et faire confiance au fonds ne signifierait pas que les tiers ont traité avec le fonds, mais simplement qu'ils ont supposé avoir le fonds comme garantie.

D'autres ont repoussé complètement cette idée. Le fournisseur ne pouvait l'invoquer s'il n'a jamais été en rapport d'affaires avec le propriétaire, et ne le connaissait pas ; s'il a vendu au locataire, pendant une longue période, des marchandises que celui-ci avait personnellement commandées ; s'il les lui a livrées directement ; s'il a envoyé certaines des marchandises dans une localité où le locataire était propriétaire d'un fonds de commerce ; s'il a réclamé au locataire le montant des factures d'ailleurs établies à son nom ; si enfin c'est de lui qu'il en a reçu le prix (12).

De plus, le fonds de commerce ne possède pas la personnalité civile. Ce dernier argument a été souvent repris : la thèse de confiance au fonds, c'est-à-dire d'un droit nouveau, attribuerait une sorte de

(9) Paris (6^e Ch.), 26 janvier 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.591.

(10) Paris (11^e Ch.), 23 février 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.950.

(11) Voir *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1936, p. 55 et p. 58.

(12) Paris (11^e Ch.), 14 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.949.

personnalité civile au fonds de commerce bénéficiaire de fournitures ; cette hypothèse contraire à la réalité des faits, et arbitraire en droit, conduirait à cette conséquence de tenir le propriétaire pour responsable *in infinitum* de toutes les opérations commerciales du locataire ; d'autres créanciers de la faillite pourraient l'assigner au paiement (13). Or, ont remarqué quelques auteurs (14 et 15), il n'est pas possible qu'une « notion vague et aux contours juridiques imprécis » puisse avoir quelque effet.

La conséquence de cette idée (16) reviendrait à baser un droit de gage sur l'intention du créancier, ou plutôt sur une présomption d'intention, et on arriverait à créer un rapport juridique, non point entre deux personnes, créancier et débiteur, mais entre une personne, le créancier, et une chose, le fonds de commerce.

Deux auteurs (17) réfutent avec force l'idée de confiance au fonds : il serait impossible de faire confiance à une chose. La confiance est, au sens où elle intervient dans les relations juridiques, une chose toute morale qui échappe à tout contrôle, et ne peut s'appliquer qu'à des personnes physiques ou morales, et encore la confiance accordée à ces dernières est-elle fonction de celle que méritent les personnages qui les représentent.

Quelle confiance un fonds peut-il mériter par lui-même ? demandent ces auteurs. Un excellent fonds dirigé par un incapable ou un malhonnête homme n'en mérite aucune ; un très mauvais fonds dirigé par un homme habile, honnête, laborieux, économe, mérite une confiance véritable ; il fera peut-être des bénéfices médiocres, mais il ne fera pas de dupes parmi ses fournisseurs. En réalité, les fournisseurs le savent mieux que quiconque : tant vaut l'homme, tant vaut le fonds, et la proposition « faire confiance au fonds » n'a proprement pas de sens.

(13) Paris (14^e Ch.), 18 novembre 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

(14) COHEN: *Traité des fonds de commerce*, p. 624.

(15) RAYNAUD: *Rev. Crit.* 1936, p. 582.

(16) Voir L. COURSOLLE: *Gaz. Pal.* 1939.1.18.

(17) DUPRÉ: *J. des Notaires* 1936, p. 769. — GIRAUT: *L'apparence, source de responsabilité*. Thèse. Paris 1937, p. 104 et s.

Ce qui se passe dans la pratique est tout autre. Le fournisseur sérieux, à qui un commerçant demande du crédit, prend toutes sortes de précautions, s'entoure de tous renseignements sur la marche des affaires de son correspondant, sur sa situation matrimoniale, sur sa fortune privée et celle de son épouse, sur son genre de vie et sa réputation. Il demandera la signature de la femme, toujours, et l'aval d'un ami, ou d'un parent, quelquefois, s'il le peut. En fait, un fournisseur ne fait jamais confiance au fonds lui-même, et il a raison.

« Il faut se défier de ces expressions sonores bien frappées qui, à première vue, semblent exactes et de nature à frapper les esprits les plus consciencieux, mais qui parfois aussi sont loin du domaine de la vie pratique. » (18).

Ces deux auteurs invoquent donc deux raisons : d'abord, un fonds de commerce ne vaudrait que par celui qui l'exploite ; ensuite, un fournisseur sérieux s'entoure toujours de précautions et connaît la véritable situation de l'exploitant.

Nous estimons, au contraire, qu'il n'y a pas adhérence parfaite entre un fonds de commerce et celui qui l'exploite, sinon la notion de fonds de commerce elle-même n'existerait pas, le fonds serait intransmissible et disparaîtrait avec celui qui l'a créé. Un fonds conserve la même clientèle, malgré le changement d'exploitant ; pourquoi ne pas admettre qu'il conserve les mêmes fournisseurs ? Souvent, on ne tient pas compte de la personnalité de l'exploitant.

D'autre part, les espèces citées dans de nombreuses décisions de jurisprudence que nous étudions au cours de notre travail nous montrent que les fournisseurs sont souvent dans l'ignorance de la véritable situation, et négligent de prendre les précautions les plus élémentaires.

Comme le faisait déjà remarquer une décision du Tribunal de Commerce du Havre (19), les fournitures sont faites dans un fonds

(18) GIRAUT, *op. cit.*, p. 110.

(19) *Le Havre Comm.* 18 février 1925; *Gaz. Pal.* 1925.1.687.

à crédit, à raison de l'impossibilité pour le débiteur de faire disparaître le fonds, gage du créancier, sans que ce dernier en soit averti par la publicité de la loi de 1909, qui lui permet de se faire payer.

C'est, en effet, parce que les créanciers du propriétaire d'un fonds ont contracté, en espérant être payés sur le fonds, que la loi du 17 mars 1909 a organisé un droit d'opposition sur le prix de vente du fonds.

La notion de confiance au fonds est-elle, suivant les termes de l'arrêt de la Cour de Grenoble (20), cette tendance du public à identifier sur la foi des apparences le fonds de commerce avec celui qui l'exploite, et à juger notamment de la solvabilité de celui-ci par l'importance et l'aspect du fonds ?

A notre avis, cette notion s'explique de la façon suivante : Les fournisseurs font confiance à l'exploitant d'un fonds en considération de ce fonds, car ils espèrent qu'il fait partie des biens qui leur sont affectés à titre de gage général. S'ils savent que l'exploitant est locataire du fonds, ils commettent une erreur de droit, car ils devraient savoir qu'on ne peut pas engager, même indirectement, le bien d'autrui ; cette règle ne comporte pas d'exception en faveur du fonds de commerce ; même en admettant qu'une erreur de droit puisse servir de fondement à une action fondée sur la théorie de l'erreur commune et de l'apparence, ils ne pourraient intenter, dans ce cas, une telle action, car cette erreur est trop grossière.

Si les fournisseurs ont cru que le fonds était la propriété du débiteur, la notion de confiance au fonds provient d'une erreur de fait ; nous verrons, plus loin, si cette erreur les autorise à recourir contre le propriétaire par une action fondée, soit sur la responsabilité délictuelle de ce dernier, soit sur la théorie de l'apparence (21).

Mais, de toutes façons, la notion de confiance au fonds ne saurait être invoquée pour faire jouer l'article 18 de la loi du 17 mars 1909 quand le fonds est loué.

(20) Grenoble, 13 juin 1935. *Gaz. Pal.* 1935.2.561, S. 1936.2.35. Note H. ROUSSEAU

(21) Un auteur, M. EM. LÉVY (« Responsabilité et contrat », *Rev. Trim.* 1899, p. 361 et s.), estime que la confiance légitime trompée peut servir de base à une action fondée sur l'apparence.

§ 3. — *Argument tiré de la lettre de l'article 18*

Il faut reconnaître que, littéralement interprété, l'article 18 permettrait aux fournisseurs de demander la vente du fonds. Cet article aboutirait à conférer un privilège aux fournisseurs. Il n'est pas nécessaire que le mot « privilège » figure dans le texte qui en crée un (1). C'est ainsi que, sans employer ce mot, la loi du 26 frimaire an II, en stipulant que seuls les ouvriers et employés des adjudicataires et entrepreneurs d'ouvrages publics, pour leurs salaires, et les fournisseurs de matériaux et autres objets servant à la construction de ces ouvrages, pour le paiement de leurs fournitures, pourront faire opposition sur les sommes dues par les caisses publiques aux dits adjudicataires et entrepreneurs, n'en a pas moins créé indirectement, mais nécessairement, un privilège au profit de ces catégories de créanciers.

Cette interprétation serait contraire à l'esprit du législateur, mais n'a-t-on pas déjà vu la jurisprudence édifier d'importantes théories juridiques sur des textes qui ne les contenaient pas, en utilisant la lettre pour en forcer l'esprit ?

D'autre part, dans un discours prononcé à la Sorbonne, le 28 octobre 1904 (2), à l'occasion du Centenaire du Code Civil, l'orateur (Ballot-Beaupré) déclarait aux applaudissements de l'assemblée : « Lorsque le texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification et sa portée, lorsque rapproché d'un autre il peut, dans une certaine mesure, être contredit ou restreint, ou à l'inverse développé, j'estime que le juge a alors les pouvoirs d'interprétation les plus étendus. Il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code, en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux. Il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les

(1) Voir L. COURSOLLE : *Caz. Pal.* 1939.2.18.

(2) *Caz. Trib.* 30 octobre 1904.

institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, les textes aux réalités et aux exigences de la vie moderne. »

Un auteur (3) soutient, au contraire, qu'un privilège ne peut s'induire que d'un texte précis. Une des grandes règles de notre droit est que le patrimoine du débiteur est le gage général des créanciers de celui-ci, et qu'ils ont, en principe, des droits égaux. Les exceptions à ce principe doivent donc résulter de textes précis et formels de droit étroit et non extensibles. Ce sont les textes qui établissent les privilèges et les hypothèques. A plus forte raison, il faudrait un texte précis pour autoriser un créancier à exercer une action contre une personne quelconque autre que le débiteur, et à laquelle on ne peut reprocher ni faute, ni fraude, ni responsabilité contractuelle. Selon cet auteur, une telle action apparaît *a priori* comme « une sorte d'anomalie ou de monstruosité juridique » difficile à concevoir pour un « cerveau ayant quelque sens juridique », et le texte qui la créerait aurait soin, sans doute, de la réglementer. Si un gage spécial avait été concédé par l'article 18, celui-ci aurait aussi fixé le temps pendant lequel il pourra s'exercer, le temps pendant lequel il eût fallu l'inscrire pour le rendre public.

Le législateur n'a rien entendu faire de tout cela, conclut cet auteur, car il n'a pas fixé dans l'article 18 tous ces détails cependant essentiels, et il n'a prononcé aucun des mots de gage, action réelle ou privilège.

§ 4. — *Extension du droit applicable en cas de location de navire*

Le fonds de commerce et le navire se ressemblent sur plusieurs points ; bien qu'étant tous deux des meubles, ils sont soumis à des règles particulières (1) ; l'un est susceptible d'hypothèque, l'autre de nantissement, qui est une véritable hypothèque mobilière.

(3) DUPRÉ : *Journal des Notaires* 1936, p. 770.

(1) Voir RIPERT : *Précis de droit maritime*, p. 18.

On ne leur applique pas la règle « en fait de meubles possession vaut titre » ; la raison qu'on en donne pour le navire est qu'il est facile, grâce aux formalités de publicité prescrites, en cas de transfert de la propriété, de s'assurer à qui veut acquérir un droit sur le navire qu'il traite avec le propriétaire ; quant au fonds de commerce, on soutient que c'est une universalité de caractère incorporel, et que, par conséquent, l'article 2279 C. Civ. ne peut s'appliquer. La loi accorde aux créanciers chirographaires du propriétaire qui aliène son navire un droit de suite qui trouve son équivalent pour le fonds de commerce dans le droit d'opposition sur le prix de vente ; ce droit, d'après les principes du droit civil, n'existe ni sur les meubles, ni sur les immeubles.

Le navire est un assemblage d'éléments divers comprenant la coque, les instruments et machines qui y sont attachés (agrès ou apparaux), et sans lesquels la navigation serait impossible, et même les accessoires, qui peuvent en être séparés matériellement, mais qui sont nécessaires pour que le navire remplisse sa destination.

De même, le fonds de commerce est formé par l'assemblage d'éléments corporels et incorporels qui concourent à un même but économique. Ces deux biens conservent leur individualité juridique, alors même que leurs éléments seraient augmentés, diminués ou complètement remplacés.

En raison de ces ressemblances, l'assimilation des règles du bail du navire à celles du bail de fonds de commerce est fort tentante, mais il existe des raisons spéciales d'admettre, en cas de bail du navire, des règles exorbitantes du droit commun.

Le propriétaire qui loue son navire continue à répondre des dettes nées pour l'exploitation du navire et des fautes du capitaine. Cette responsabilité est aujourd'hui communément reconnue ; la doctrine s'est placée successivement à des points de vue différents.

A l'origine, constate M. Aubrun (2), la doctrine s'est fondée

(2) AUBRUN, note D.P. 1919.2.65.

sur l'article 216 du Code de Commerce qu'elle interprétait comme une application de l'article 1384 C. Civ.

Le propriétaire du navire est tenu des fautes du capitaine, comme tout commettant est tenu des fautes du préposé. Cette présomption de faute est fondée, d'une part, sur un défaut de surveillance, d'autre part, sur un mauvais choix. Aussi, l'explication tirée de l'article 1384 C. Civ. a paru insuffisante, en raison de la nature particulière des rapports entre propriétaire et capitaine, même dans le cas où le propriétaire exploite directement son navire ; on ne peut guère reprocher au propriétaire d'un navire une faute de surveillance, car le capitaine échappe à sa direction, aussi bien en fait, par suite de son éloignement, qu'en droit, par l'effet des règles qui le reconnaissent maître à bord ; d'ailleurs, même si le propriétaire étant en mesure de lui donner des ordres, par radio notamment, le capitaine serait seul à même de juger des actes à accomplir et des décisions à prendre ; on ne peut pas non plus reprocher au propriétaire son mauvais choix, puisque son choix n'est pas pleinement libre, en raison des règlements administratifs (3). Il doit choisir le capitaine parmi les titulaires d'un brevet, et au surplus il est des cas fréquents où le propriétaire n'est pour rien dans le choix du capitaine, par exemple au cas de remplacement par le consul du capitaine malade ou décédé ; cependant, le propriétaire reste tenu de ses fautes.

Si donc, cette explication tirée de l'article 1384 est insuffisante, lorsque le propriétaire exploite directement son navire, *a fortiori* l'est-elle quand il en confie l'exploitation à un tiers, l'affrèteur. Aussi doit-on chercher une base moins étroite.

Pour certains auteurs, l'article 216 C. Comm. ne doit pas être rattaché aux textes du Code Civil, il n'en dérive point.

La doctrine est unanime à reconnaître que l'article 216 C. Comm. s'applique au propriétaire qui a loué son navire.

« Le propriétaire est atteint alors même qu'ayant loué son navire désarmé l'affrèteur aurait opéré son armement, choisi le capitaine et composé l'équipage. » (4).

(3) Voir Rep. prat. DALLOZ : V^o *Droit maritime*, n^o 550.

(4) BÉDARRIDE : *Droit maritime*, n^o 279.

Seul, un auteur (5) admet que la responsabilité du propriétaire, en cas de location, n'est sans doute historiquement qu'une survivance du temps où les qualités de propriétaire et d'armateur étaient toujours confondues en une seule personne, le propriétaire exploitant lui-même son navire ; et rationnellement elle ne pourrait pas s'expliquer, si on ne la rattachait pas à la responsabilité de l'armateur.

Outre l'article 216 C. Comm., on a assigné à cette responsabilité des fondements divers. Suivant une expression dont l'origine se retrouve chez Emerigon, et qui a été reprise par Bédarride (6), elle est moins personnelle que réelle, elle pèse sur le navire ; c'est parce qu'il personnifie le navire que le propriétaire est responsable, et il se libérera en l'abandonnant avec le fret (7).

« Le navire répond des dettes contractées pour les besoins du voyage, et les créanciers maritimes acquièrent sur lui droit de suite et droit de préférence (art. 190 et 191 C. Comm.). » (8).

On arriverait à cette solution, que c'est la chose elle-même, le navire, qui est à la source de l'obligation du propriétaire, et qui par là-même en doit être la mesure. Cet argument conduirait à envisager le navire comme formant un patrimoine distinct et comme ayant une sorte de personnalité fictive.

La notion de dette propre au navire aurait pour résultat de faire du navire un patrimoine séparé, un patrimoine d'affectation.

M. Ripert (9) repousse cette notion, car le droit français ne connaît pas la pluralité de patrimoine, et l'idée d'un patrimoine d'affectation comportant un passif propre est sans aucun appui juridique.

Le Code de Commerce, article 216, alinéa 2, admet bien la faculté

(5) DANJON: *Traité de droit maritime*, t. II, n° 559.

(6) EMERIGON: *Traité des contrats à la grosse*, Chap. IV, Sect. XI, paragraphe 2. — BÉDARRIDE: *Commerce maritime*, 2^e édit., n° 559, p. 236.

(7) En ce sens Rouen 28 janvier 1909; *Rev. int. droit maritime*, t. XVIII, p. 621.

(8) CHAUVEAU: *Chron. D.H.* 1939, p. 37.

(9) RIPERT, note D.P. 1940.1.5, *Droit maritime*, 3^e édit., t. II, n° 128 et s. *Précis de droit maritime*, n° 190 et s.

d'abandon, mais non la séparation légale de la fortune de mer de la fortune de terre.

Il existe un autre argument pour justifier la responsabilité du propriétaire du navire : il délègue à l'affrèteur le droit de choisir le capitaine et d'exploiter le navire ; aussi, il doit être tenu des actes de celui qu'il se substitue. ABRAM (10) écrit : « Les capitaines, seconds, matelots qui sont sur le navire, sont toujours, en ce qui les concerne, désignés par le propriétaire ; si, d'aventure, ils savent que cette désignation a été faite par un autre que par lui, cet autre n'aura agi qu'en vertu d'un mandat reçu du propriétaire, et par conséquent le propriétaire restera seul tenu, c'est là seulement qu'est et que peut être la vérité. »

Nous préférons à cette opinion celle de M. Ripert, qui définit d'une manière exacte la nature juridique du lien qui unit le propriétaire au capitaine, d'une part, et le propriétaire à l'armateur, d'autre part : « Le contrat de louage du navire porte un trait original. Le propriétaire est, en effet, responsable envers les tiers des actes accomplis par le capitaine, et peut se libérer par abandon (article 216 C. Comm.). Bien que le preneur ait choisi le capitaine, le bailleur répondra donc vis-à-vis des tiers de ce préposé qu'il n'a pas choisi. Mais nous connaissons les raisons de cette responsabilité exceptionnelle : le capitaine est le représentant légal du propriétaire du navire. » (11).

« Le propriétaire n'est pas responsable des contrats et des délits de l'armateur, qui n'est ni son mandataire ni son préposé. » (12).

Il existe un troisième argument : certains auteurs (13), désireux de maintenir le lien qui rattache le droit maritime au droit civil, en même temps que la règle générale d'après laquelle le commettant répond des faits de ses préposés, ont vu là une application de la théorie de la responsabilité objective.

(10) ABRAM : *Revue int. du dr. marit.*, t. XXII, 1906-1907, p. 559.

(11) RIPERT : *Droit maritime*, t. II, n° 314.

(12) RIPERT : *Précis de dr. marit.*, n° 106.

(13) Voir AUBRUN, note précitée.

Dans les mêmes conditions que tout chef d'entreprise répond de ses ouvriers, le propriétaire du navire est responsable des faits du capitaine, car c'est lui qui donne l'impulsion première à son activité, cause de profits pour lui, cause de risques pour les tiers : qui a les profits doit avoir les risques.

M. Ripert (14) reprend cet argument : si le propriétaire n'exploite pas directement son navire, il profite néanmoins de l'exploitation, puisque l'armateur lui paie un loyer ; il est donc juste de lui appliquer la théorie du risque professionnel.

Il existe un quatrième argument : le propriétaire désigné dans l'acte de francisation doit seul rester tenu envers les tiers auxquels le contrat de location ne doit pas porter préjudice. Pour justifier cette proposition, on invoque soit le principe de la relativité des conventions, soit la théorie de l'apparence.

Signalons une situation qui peut paraître paradoxale : le même argument, transposé dans le domaine du droit civil, conduit à une solution inverse.

Supposons que le créancier d'un fermier poursuive le propriétaire du bien donné en fermage, ou prenne des mesures d'exécution contre ce bien ; le propriétaire pourra opposer qu'ayant procédé à la transcription, le créancier était présumé savoir qui était le véritable propriétaire, et que, dans ces conditions, il ne saurait le tenir pour responsable.

Il est facile de concilier les deux situations.

En droit maritime, le créancier traite toujours avec un mandataire, le capitaine ; il suppose que le mandant est celui désigné dans l'acte de francisation. En droit civil, si l'une des parties prévient qu'elle n'agit pas en son nom propre, l'autre partie doit lui demander le nom de son mandant et l'étendue de ses pouvoirs.

Cet argument est adopté par presque tous les auteurs.

« Il y a lieu de considérer le propriétaire comme armateur

(14) RIPERT : *Précis de droit maritime*, loc. cit.

putatif à l'égard des tiers qui ne connaissent que lui seul désigné à l'acte de francisation. » (15).

La Cour de Cassation, le 18 mars 1878 (16), a jugé que le propriétaire du navire dont le nom figure sur l'acte de francisation est responsable des actes du capitaine, même si l'armateur a agi vis-à-vis du public et du capitaine comme si le navire lui appartenait, notamment en frétant le navire et en choisissant le second.

« Les tiers doivent toujours pouvoir compter sur la responsabilité de celui que l'acte de francisation désigne comme propriétaire du navire et ne peuvent avoir à souffrir de la convention intervenue entre celui-ci et son locataire, convention qu'ils sont en droit d'ignorer (17).

C'est pour assurer la protection des créanciers auxquels le registre des soumissions de francisation et l'acte de francisation ne révèlent que le nom du propriétaire que ce dernier reste tenu. Toutefois, il est légitime de chercher au delà du mécanisme de l'acte de francisation, motif de pure technique, une explication rationnelle et plus compréhensive (18).

Il existe, enfin, un dernier argument : le propriétaire serait tenu parce qu'il a seul la faculté d'abandon. Nous pénétrons dans une controverse d'une importance capitale en droit maritime, et à laquelle nous n'avions pas fait allusion jusqu'alors : l'armateur locataire est-il responsable envers les tiers, et quelle est éventuellement l'étendue de cette responsabilité ?

Un développement sur cette question sortirait du cadre de notre sujet.

C'est aussi dans l'intérêt de l'exploitation du navire que le propriétaire continue à être tenu en cas de bail, car si les créanciers avaient connu ce contrat, « ils n'auraient probablement consenti à

(15) AUBRUN, note précitée.

(16) Cass. 18 mars 1878, D. 78.1.193, note LEVILLAIN.

(17) RIPERT : *Précis de droit maritime*, n° 71.

(18) Cf. VOIRIN : *Rev. Trim.* 1931, p. 291.

l'exploitant non-propriétaire qu'un crédit plus resserré, et sans doute insuffisant, de sorte que, de quelque façon qu'on envisage l'espèce, les nécessités du crédit imposent rationnellement l'adhérence de la responsabilité à la qualité de propriétaire » (19).

Nous n'entreprendrons pas d'examiner si chacun de ces arguments peut se transposer au bail de fonds de commerce ; c'est dans l'organisation même du droit maritime que nous trouverons la raison de l'impossibilité d'une telle transposition.

Cette responsabilité du propriétaire de navire loué ne heurte-t-elle pas l'équité ? Sans doute, le propriétaire actionné a-t-il un recours contre l'armateur, celui-ci n'est pas toujours insolvable. Mais est-ce là une garantie suffisante ? Comment se fait-il que le propriétaire risque à tout moment de perdre son navire, bien qu'il ait entendu se désintéresser de l'exploitation, et en abandonner la majeure partie du profit ? Pourquoi une telle règle est-elle unanimement admise ? La jurisprudence n'y a jamais fait échec, les auteurs n'ont jamais élevé la moindre protestation ; depuis que le bail du navire existe, elle n'a jamais donné lieu à discussion.

La raison en est très simple : c'est que, dans l'immense majorité des cas, le propriétaire de navire est couvert par l'assurance ; il s'assure contre les dommages causés par l'exploitation du navire ; s'il est poursuivi à raison de ces dommages, il est remboursé par l'indemnité d'assurance, ou bien, si le navire est trop endommagé, il le délaisse à ses assureurs et en touche la valeur.

Pour être totalement exonéré, il lui suffit de faire payer par l'armateur locataire, en plus du loyer, le montant de la prime d'assurance.

Aussi, pratiquement, les risques de perte que le propriétaire de navire encourt sont-ils réduits à néant. C'est l'assurance, et non la faculté d'abandon, qui constitue le véritable contrepoids de cette responsabilité.

(19) VOIRIN, *op. et loc. cit.*

Le propriétaire de fonds de commerce pourrait-il contracter une assurance contre les poursuites des créanciers du locataire ? Cela reviendrait à s'assurer contre l'insolvabilité de ce locataire. Or, l'assurance-crédit est pratiquement inexistante ; le droit français n'édicte pas de sanctions suffisamment rigoureuses contre un débiteur insolvable pour qu'une compagnie puisse prendre de tels risques à sa charge.

§ 5. — *Frais faits pour la conservation de la chose.*

M. Chauveau (1) voit dans l'article 2102-3° un argument en faveur de l'affectation du fonds de commerce aux créanciers de son exploitation : « A la différence d'un bien ordinaire, qui se peut conserver longtemps sans être utilisé, le fonds de commerce dont l'élément essentiel est la clientèle, a besoin d'être constamment exploité, faute de quoi il dépérit et disparaît. Toutes les dettes contractées pour les besoins de son exploitation concourent donc à son entretien et à sa conservation, et profitent à son propriétaire. Ainsi, l'article 2102-3° C. Civ. vient fournir une nouvelle assise à l'affectation du fonds aux créanciers de son exploitation. »

Nous ne partageons pas cette opinion, pour deux raisons (2) :

1° Le privilège attaché aux frais faits pour la conservation de la chose donne un rang favorable à certains créanciers, et suppose que cette chose va être vendue. Or, dans notre hypothèse, les créanciers ne peuvent pas faire mettre en vente un bien qui n'appartient pas à leur débiteur ;

2° Ce privilège s'éteint lorsque la chose conservée a passé entre les mains d'un tiers de bonne foi, ce qui est le cas, jusqu'à preuve du contraire, lorsque le propriétaire reprend son fonds.

(1) CHAUXEAU: *Chron. D.H.* 1939, p. 37.

(2) Voir *Nouveau Code Civil* annoté art. 2102, n° 744.

SECTION III

Réfutation de la théorie de l'action réelle

Après avoir passé en revue les raisons qui militent en faveur de l'admission d'une action réelle contre le propriétaire du fonds, il convient d'examiner celles qui conduisent à sa réfutation.

Les travaux préparatoires ne fournissent aucune explication sur l'article 18 de la loi du 17 mars 1909. Une longue discussion s'engagea au Palais-Bourbon, au sujet de l'article 15 entre le président de la Commission Legrand, le rapporteur Cordelet et le député Vallé, sur la question de savoir si la vente devait être ordonnée par le Tribunal de Commerce ou le juge des Référés civils. Quand on en vint à l'article 18, aucune discussion ne s'éleva, les discussions de procédure ayant été épuisées sur les articles 15 et 17 auxquels l'article renvoyait. Il est certain que le législateur n'a pas entendu viser le contrat de location ; sans doute, un tel contrat existait alors, mais il ne faisait pas encore partie des usages commerciaux courants.

Voici, d'ailleurs, ce que l'on relève dans une note du rapport du sénateur Cordelet, à propos de la location-vente (1) : « Ce que la pratique appelle une location-vente n'est autre chose qu'une vente sous condition suspensive. Le propriétaire du fonds le donne à bail moyennant un loyer qui représente l'amortissement du prix convenu. Si l'annuité est acquittée pendant toute la durée du bail, le preneur devient propriétaire du fonds, ou plutôt il est censé l'avoir été dès le jour de la convention (article 1179 C. Civ. précité).

« La commission n'a pas cru devoir viser nominativement, dans le texte de l'article 3, cette espèce de convention sur la nature de laquelle la jurisprudence ne paraît pas fixée ; elle n'a pas voulu lui donner, en la désignant expressément, la consécration légale ; elle a cru préférable de laisser la jurisprudence faire son œuvre. »

A aucun moment, ni le Parlement, ni le garde des Sceaux, ni le rapporteur initiateur du projet de loi, ni le président de la commission

(1) Voir D.P. 1909.4.46 en note (d) ; *Journal Officiel* du 7 sept. 1907 (annexe), p. 8 et 9.

qui soutint avec autorité la discussion des articles 15, 16, 17 et 18, ne se sont placés dans une hypothèse autre que celle où le débiteur poursuivi ou condamné est le propriétaire même du fonds.

De plus, à aucun moment, les initiateurs de la loi de 1909, ni le législateur, n'ont eu l'intention de créer au profit du créancier d'un commerçant un droit nouveau, *sui generis*, exorbitant des principes du droit commun, ni une action réelle quelconque. En effet, chaque fois que le législateur a créé un droit nouveau, il n'a pas manqué de le spécifier, notamment quand il s'est agi d'organiser le droit d'opposition des créanciers chirographaires du vendeur du fonds, ou l'action résolutoire du vendeur : « Il est impossible de soutenir que le législateur ait pu, sans le vouloir et sans s'en rendre compte, à l'exemple de M. Jourdain, qui faisait de la prose sans le savoir, créer une telle exception aux principes de notre droit. » (2).

L'article 18 de la loi du 17 mars 1909 suppose, de toute évidence, que le débiteur qui subit la condamnation, et le propriétaire du fonds, sont une seule et même personne. Et c'est dans cette hypothèse que la loi de 1909 tout entière s'est placée. Précédé et suivi de textes qui fixent la procédure de la vente forcée du fonds, l'article 18 règle lui-même une question de procédure. Nous verrons plus loin quelle a été l'intention du législateur lorsqu'il a promulgué cet article 18.

Ce prétendu droit de gage spécial aurait une nature juridique des plus obscures ; il serait exceptionnel parce qu'il dérogerait au principe fondamental suivant lequel on ne peut exécuter que contre celui qui est le débiteur personnel de la dette. Son existence est soumise tant à l'intention des bénéficiaires qu'à l'appréciation du juge.

Jusqu'ici, les créances bénéficiant d'un gage spécial ne profitaient d'un traitement de faveur qu'en raison de leur cause ou de leur origine ; ainsi en est-il du gage du bailleur d'immeuble, de celui du voiturier, de l'hôtelier. Or, en l'occurrence, tout créancier peut le revendiquer, quelle que soit la nature de la fourniture faite, pourvu seulement qu'elle l'ait été pour l'exploitation du fonds.

(2) DUPRÉ : *Journal des Notaires* 1936, p. 766.

De plus, toute idée de gage spécial postule et réclame un privilège sur le prix de ce gage. Ici, nous avons un gage sans privilège, et c'est une seconde anomalie. Il est bien certain, en effet, qu'après l'adjudication tous les créanciers du propriétaire dépossédé pourront faire opposition sur le prix, même les créanciers inscrits autres que les titulaires d'une créance relative à l'exploitation du fonds, et qu'ils viendront tous au marc le franc en cas d'insuffisance de ce prix, que même le bénéficiaire de notre prétendu gage spécial ne pourra pas prétendre à une portion quelconque de ce prix, s'il existe des privilèges du vendeur et un nantissement pour une somme supérieure (3).

La reconnaissance à tout créancier d'une action réelle manque de base juridique. Toutes les actions réelles consacrées par le droit français ont pour but la sauvegarde d'un privilège, qu'il ait sa source dans une convention ou dans la loi. Telle est l'action du créancier gagiste, nanti d'objets mobiliers, qui peut, avec l'autorisation du juge de paix, vendre le gage et se payer par préférence à tous autres.

Telle est encore l'action du créancier hypothécaire, qui fait au tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué sommation de payer ou de délaisser. Dans ces deux cas, les droits des créanciers sont consacrés par des textes formels. Le dernier cas est, il faut en convenir, assez analogue à celui du fournisseur de marchandises, qui intenterait l'action réelle en vente du fonds contre un propriétaire qui n'est pas personnellement débiteur. Mais ce droit résulte de la nature même de l'hypothèque nécessairement assortie du droit de suite ; il est basé sur l'existence d'une faute lourde de l'acquéreur, qui au lieu de consigner son prix, et de faire la procédure de purge, a imprudemment et peut-être frauduleusement remis le prix à son vendeur, au mépris des droits du créancier, dont l'hypothèque est cependant régulièrement inscrite, et nous supposons qu'aucune faute n'est reprochée au propriétaire du fonds. Le créancier du locataire n'a aucun privilège à défendre.

Pour réfuter le système dérivant de l'action réelle qu'il n'hésite

(3) Cf. DUPRÉ, *op. et loc. cit.*

pas à qualifier de « révolutionnaire », M. Demontès (4) se place à un point de vue beaucoup plus général que le cas de location de fonds de commerce : « Si c'est le fonds de commerce qui est responsable en qualité d'entité juridique, le propriétaire ne l'est pas personnellement, en sorte que, si les dettes poursuivies contre le propriétaire, à cause de la détention du fonds de commerce dépassent la valeur de celui-ci, le créancier n'a pas d'action contre le propriétaire lui-même ; il doit se contenter de ce que produit la vente du fonds, conséquence dangereuse pour le crédit en général ; ce qui fait la valeur des obligations contractuelles, c'est précisément la possibilité de les exécuter sur le patrimoine de leur débiteur, et l'article 2092 est en définitive un plus sûr garant du paiement que nous ne savons quelle affectation de chaque dette sur certain bien déterminé. »

Nous ne pensons pas que les partisans du passif propre du fonds de commerce aient entendu limiter la responsabilité du propriétaire au fonds même, quand il exploite lui-même ; ils ont voulu simplement accorder aux créanciers commerciaux une priorité sur le fonds, par rapport aux créanciers civils.

Des auteurs (5), à propos de l'obligation *propter rem* que constituerait pour le propriétaire l'obligation de non-concurrence, refusent aux individus la faculté de créer des droits réels autres que ceux prévus par la loi. Ces auteurs pensent que les droits réels reconnus par le législateur suffisent à toutes les combinaisons que peuvent utilement imaginer les hommes ; le législateur interviendrait pour définir et organiser la publicité des droits réels nouveaux, si de nouvelles conditions de vie en exigeaient l'admission.

« Etant donné le caractère original du droit réel d'être opposable à tous, en dehors de toute connaissance préalable, nous contestons la validité de droits nouveaux qui ne seraient pas portés à la connaissance des tiers, et qui, par suite, troubleraient injustement la sécurité des transactions et le bon ordre des rapports patrimoniaux. » (6).

(4) DEMONTÈS : « Examen de jurisprudence » (Rev. Crit. 1937, p. 37).

(5) SIMONE CALASTRENG : Thèse précitée p. 146 ; LEPARGNEUR, note D. 1927.2.172.

(6) SIMONE CALASTRENG : Thèse précitée p. 147, qui cite à l'appui de cette affirmation une abondante bibliographie.

C'était, à peu de choses près, l'opinion émise par la Cour de Paris (6^e ch.), le 26 janvier 1932 (7). L'arrêt rendu a reconnu que, par l'effet du bail de fonds de commerce, le gage normal des créanciers du propriétaire ou du locataire se trouve amoindri, si bien qu'une « fissure » en résulte dans le système des garanties provenant des prescriptions des articles 15 et 18 de la loi du 17 mars 1909 ; il n'appartient pas aux juges de la combler, en déduisant de ces textes qui prévoient la réalisation de ce gage, et non les modifications susceptibles d'affecter les conditions de gestion d'un fonds de commerce, l'irrégularité d'un contrat que la loi sus-visée n'a nullement proscrit, et qui, par application des principes généraux posés dans les articles 1711 et 1713 C. Civ. est parfaitement licite.

L'argument suivant lequel le système de l'action réelle, ou du droit de gage spécial, manque de base juridique n'aurait pas, à lui seul, une valeur suffisante pour que ce système soit repoussé, car c'est le droit qui doit se plier devant les nécessités pratiques, lorsque celles-ci sont bien établies.

C'est surtout dans ses conséquences qu'un tel système présenterait de nombreux inconvénients.

Des auteurs ont trouvé des avantages à ce système. Ainsi, pour M. Demogue (8), il est « ingénieux et adapté aux besoins ».

Ceux qui ont proposé cette théorie semblent préoccupés principalement par le danger possible d'une fraude. Mais nous ne pensons pas que le désir d'éviter la situation créée par la convention de prête-nom, situation qui demeure malgré tout exceptionnelle, puisse justifier l'adoption d'une mesure générale.

Cette solution serait d'autant plus choquante qu'elle interviendrait dans des hypothèses où les fournisseurs avaient eu connaissance du contrat. Si on admettait cette théorie, ceux qui pourraient poursuivre le fonds auraient la même qualité, quelle que soit la personne qui se serait engagée avec eux. Il n'y aurait pas de créanciers du

(7) Paris (6^e Ch.), 26 janvier 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.590.

(8) DEMOGUE : *Revue Trimestrielle* 1934, p. 147.

locataire ou du propriétaire, il n'y aurait que des créanciers du fonds de commerce (9).

Pour réfuter la théorie de l'action réelle, on peut envisager les conséquences qu'elle entraînerait, principalement sur le plan de la procédure (10). Si le législateur avait voulu créer un droit réel nouveau, un droit de gage tacite non inscrit, donc occulte, il aurait dérogé aux règles tutélaires édictées par l'article 2093 C. Civ. Les biens du débiteur sont, en principe, le gage commun de ses créanciers. Ils seraient, de plus, dans le cas particulier qui nous occupe, le gage des créanciers d'un tiers dont il n'est pas le codébiteur. Le terme de droit de gage exceptionnel signifie qu'un véritable nantissement d'origine légale grève le fonds de commerce. Ce nantissement légal aura, quand à la distribution du prix du fonds, le même effet que l'hypothèque légale sur les immeubles. Il prendrait date du jour où la créance relative à l'exploitation est née. On doit admettre, alors, que les créanciers du locataire auront un rang préférentiel sur le prix du fonds de commerce avant les créanciers du propriétaire ; toutefois, ils ne primeraient pas les privilèges du Trésor et les créanciers inscrits du chef du propriétaire avant la naissance de la créance relative à l'exploitation ou du chef de ses prédécesseurs.

Le nantissement légal porterait préjudice aux créanciers du propriétaire, qui peut donner son fonds en nantissement après l'avoir loué. Pour distribuer le prix de vente, il faut tenir compte de ce que le fonds vendu se compose de trois éléments, dont deux, les éléments incorporels et le matériel, appartiennent au bailleur, et un, les marchandises, au locataire.

Dans le système de l'action réelle, la distribution du prix de vente réalisé devra se faire de la manière suivante :

Sur le prix des éléments incorporels et du matériel appartenant au propriétaire, on colloquera d'abord : 1° les privilèges généraux du Trésor dus par le propriétaire ; 2° les créanciers inscrits du chef du bailleur et de ses prédécesseurs ; 3° les créanciers fournisseurs du

(9) Voir P. RAYNAUD: *Rev. Crit.* 1936, p. 596.

(10) MONTIER, note D.P. 1935.2.37.

locataire ; 4° les autres créanciers privilégiés du propriétaire ; 5° les créanciers chirographaires.

Sur le prix des marchandises appartenant au locataire, on colloquera : 1° les privilèges généraux du Trésor dus par le locataire ; 2° les autres créanciers privilégiés de celui-ci ; 3° les créanciers chirographaires, y compris les fournisseurs.

On voit par là que le système envisagé a des conséquences inattendues.

Les titulaires de créances se rattachant à l'exploitation du fonds produiront dans les deux masses actives composant le patrimoine du propriétaire et le patrimoine du locataire. Dans le premier patrimoine, ils seront admis comme créanciers gagistes sur le prix des éléments incorporels. Dans le deuxième patrimoine, et notamment sur l'élément marchandises, troisième élément du fonds, ils ne pourront produire que comme simples créanciers chirographaires et devront subir le concours des autres créanciers du locataire.

Comme nous le verrons, ce n'est pas là l'intention du législateur. La solution qui découlerait de l'action réelle serait contraire à la nature juridique du contrat de bail, parce qu'il serait injuste pour le propriétaire de voir périr son fonds.

Les conséquences d'une telle théorie sont exposées de la façon suivante par un auteur (11) : Le mineur qui reçoit un fonds de commerce risque de le perdre par la faute du tiers locataire ; ainsi disparaîtrait un des principaux avantages de la location ; lorsque le fonds est grevé d'un usufruit, le nu-propriétaire pourra perdre le fonds qui lui appartient, par suite d'une mauvaise gestion de l'usufruitier.

Cet auteur insiste surtout sur l'insécurité qui naîtrait dans les transactions : « Les fournitures de marchandises entre marchands se prescrivent par trente ans. Pendant trente ans, le fournisseur, armé de son jugement, pourra donc exercer une action réelle au moment choisi par lui, en quelques mains que le fonds se trouve. Voilà qui n'est pas de nature à tranquilliser les acquéreurs de fonds

(11) DUPRÉ : *Journal des Notaires* 1936, p. 770.

de commerce, d'autant qu'il n'apparaît pas que ce droit au gage spécial, ce droit à l'action réelle, cette sorte d'hypothèque occulte, puisse être purgée. Dès lors, quelle insécurité dans les transactions. Toute acquisition devient une imprudence tellement grave qu'il est impossible de s'y exposer. Et le bail lui-même d'un fonds de commerce devient pour le propriétaire tellement dangereux, il y a tant de chances pour qu'il devienne la cause de sa ruine qu'il faudra renoncer à passer tout contrat de ce genre. La loi de 1909, qui avait pour but d'apporter la sécurité dans les ventes de fonds de commerce, aurait manqué ce but, et elle aurait, de plus, apporté un trouble grave dans les locations de fonds dont elle n'avait pas cependant eu l'intention de s'occuper. »

Nous ne pensons pas, toutefois, qu'on accorderait aux fournisseurs, si l'action réelle était admise, un droit de suite sur le fonds ; leurs droits seraient purgés par la publicité faite en cas de cession.

Des collusions frauduleuses sont à craindre entre le locataire et ses fournisseurs. Ceux-ci seront tentés de consentir les meilleures conditions de paiement. Le locataire de mauvaise foi écoulera à bon marché des produits qu'il n'a pas l'intention de payer ; il encaissera la recette, mais ne paiera rien, d'accord avec ses fournisseurs ; ceux-ci demanderont la vente du fonds lorsque la location expirera.

De plus, la logique va à l'encontre d'une telle interprétation de l'article 18, car cet article exige que le tribunal ait prononcé une condamnation pour que le demandeur puisse requérir la vente du fonds. Or, suivant cette interprétation, étant donné que le fournisseur a le droit de demander la vente du fonds, le tribunal doit condamner. Cette façon de raisonner est illogique, car le droit de demander la vente du fonds est la conséquence et la sanction de la condamnation, il ne peut en être ni le motif, ni la cause (12).

Cette observation a été reprise par M. Ripert (13) : « Le même jugement peut prononcer la condamnation et ordonner la vente du fonds. Supposer que le propriétaire doive être condamné par le tribunal, afin que ce tribunal puisse ordonner la vente du fonds,

(12) DUPRÉ, *op. cit.*, p. 766.

(13) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

c'est mettre la charrue avant les bœufs. Si le locataire est seul débiteur, le créancier ne peut requérir l'exécution contre le propriétaire. »

Comme nous l'avons fait remarquer, jamais un propriétaire de fonds ne s'est vu condamner en vertu de cette interprétation de l'article 18. Les décisions se sont contentées de proposer ce système aux parties qui ne semblent pas avoir suivi cette invitation.

C'est sans doute pour cette raison que l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 décembre 1938 (14) n'a pas statué sur cette action réelle qui ne lui était pas soumise ; cet arrêt a repoussé la théorie de l'action directe, en décidant que l'article 18 ne permettait pas de poursuivre le propriétaire personnellement. Il existe, à notre connaissance, deux décisions seulement qui ont repoussé explicitement la théorie de l'action réelle :

La première en date est une décision du Tribunal de Commerce de Fécamp (15), qui a repoussé toute interprétation de l'article 18, aussi bien la théorie de l'action directe que celle de l'action réelle : « S'il est exact qu'aucune action directe n'est possible contre la demoiselle Le Manach (la propriétaire), à plus forte raison l'obligation contractée personnellement par Caron (le locataire), et pour son compte personnel, ne pouvait alors porter atteinte à des droits de propriété qui ne lui ont jamais appartenu, ou qui ne sont jamais entrés dans son patrimoine. »

Les termes de cette décision sont suffisamment clairs ; cependant, à en croire le sommaire, ce jugement aurait admis un droit de gage exceptionnel, quel que soit l'exploitant du fonds, mais aurait rejeté l'obligation personnelle du propriétaire. Le rédacteur du sommaire a commis une erreur. Le créancier du locataire ne recherchait pas le propriétaire directement, mais cherchait simplement à se payer sur le prix de vente du fonds en pratiquant une opposition entre les mains de l'acheteur. Si le tribunal avait admis la théorie du droit de gage exceptionnel ou de l'action réelle, il n'aurait pas manqué d'admettre une telle prétention.

(14) Req. 8 déc. 1938, D.P. 1940.1.5, S. 1939.1.9, note H. ROUSSEAU.

(15) *Fécamp Comm.* 8 janvier 1936; *Gaz. Pal.* 1936.1.638.

D'ailleurs, le jugement ajoute : « Une thèse contraire irait à l'encontre de l'équité, puisqu'elle subordonnerait le propriétaire à des agissements malheureux d'un locataire qu'il n'aurait eu la possibilité de prévoir ni de contrôler ou d'interdire. »

La deuxième décision qui repousse l'action réelle est d'une portée beaucoup plus considérable, puisqu'elle émane de la Cour de Cassation. Elle a été rendue par la Chambre Civile, le 22 février 1939 (16); cet arrêt a tenu à expliquer que l'article 18 a eu en vue exclusivement le cas où l'exploitant débiteur est en même temps le propriétaire du fonds ; il n'a d'autre but ni d'autre effet que d'instituer pour ce cas un mode rapide de réalisation de la portion commerciale du patrimoine du débiteur. Dans l'espèce jugée le 22 février 1939, la Cour d'Appel (17) avait repoussé l'action *de in rem verso* pour deux motifs :

1° Le fournisseur avait négligé de se renseigner sur la qualité de son débiteur ;

2° Le fournisseur avait omis d'user de la faculté accordée par l'article 18 de la loi du 17 mars 1909.

La Cour de Cassation a accepté le premier motif, mais a fait abstraction de l'autre qu'elle a déclaré surabondant, « la faculté accordée par l'article 18 impliquant nécessairement une obligation du propriétaire du fonds, en fait contestée, il était nécessaire de demander d'abord à la justice de constater ladite obligation avant de recourir à des mesures d'exécution ».

On ne peut qu'approuver cette décision, et comme l'écrit M. Ripert (18) : « ...l'exactitude de cette interprétation ne nous paraît pas douteuse. Il fallait une ingéniosité singulière pour découvrir, dans une disposition de procédure, le principe du passif propre du fonds de commerce. La Cour de Cassation se devait de mettre fin à ces fantaisies d'interprétation ».

(16) Civ. 22 février 1939, D.P. 1940.1.5.

(17) Paris (11^e Ch.), 25 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.219.

(18) RIPERT, note précitée.

Sans doute, comme le fait remarquer un auteur (19), lier la responsabilité à la propriété serait le meilleur moyen pour assurer le maximum de crédit à l'exploitant. C'est pourquoi la théorie de l'action réelle est fort séduisante ; mais nous ne saurions l'admettre parce qu'elle irait à l'encontre du but économique qui inspire le bail de fonds de commerce. Elle serait injuste parce que le propriétaire a abandonné volontairement une partie des profits pour s'exonérer des pertes, et il n'aurait à sa disposition aucun moyen de contrôle.

Si cette théorie avait été admise, elle aurait fait disparaître le bail de fonds de commerce, ou bien elle aurait donné lieu à divers procédés permettant de l'éluder. Ainsi, un propriétaire, avant de louer son fonds, consentirait à un tiers complaisant un nantissement sur son fonds pour un prêt fictif. Au cas de poursuites des créanciers du locataire sur le fonds, le tiers aurait un droit de préférence sur le prix de vente du fonds, et verserait au propriétaire le montant qu'il aurait touché. Il a été jugé (20), il est vrai, qu'un prêt simulé, et suivi d'une inscription de nantissement sur fonds de commerce, constitue une obligation sur fausse cause, et ne saurait, dès lors, avoir aucun effet ; en conséquence, le nantissement pris en vertu de ce prêt simulé doit être considéré comme nul, et son inscription au greffe doit être rayée. Mais, avant d'arriver à ce résultat, il faudra faire la preuve très difficile de la simulation.

Le propriétaire pourrait aussi consentir une vente à réméré masquant une location, avec inscription de son privilège.

La pratique ne manquerait certainement pas d'imaginer une quantité d'autres procédés, tous plus ingénieux les uns que les autres, mais qui donneraient lieu, sans aucun doute, à des discussions sans nombre, notamment au sujet de leur validité.

L'action directe et l'action réelle, déduites de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, ont été qualifiées par M. Ripert d'« interprétation et de construction fantaisistes ».

Il existe une troisième interprétation imaginée par un auteur.

(19) VOIRIN : *Revue Trimestrielle* 1931, p. 305.

(20) *Seine Comm.* 19 mars 1934. *Gaz. Trib.* 24 juillet 1934.

CHAPITRE III

INTERPRÉTATION DE M. MONTIER

Un système original, conçu par M. Montier (1), constitue une troisième interprétation de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, interprétation non encore envisagée par la jurisprudence.

Pour cet auteur, qui repousse les théories de l'action directe et de l'action réelle, l'article 18 ne doit pas rester lettre morte, et peut produire effet quand le fonds est loué. Le fonds, en cas de location, est pour partie propriété du bailleur, pour partie propriété du locataire. A l'un appartiennent les éléments incorporels et le matériel, à l'autre appartiennent les marchandises, les marchandises existant au début de la location étant vendues au locataire. On appliquera l'article 18 pour éviter la double procédure consistant, d'une part, à prendre jugement et à saisir les marchandises ; d'autre part, à demander la vente *in globo* de l'ensemble des éléments du fonds, en vertu de l'article 20.

D'après ce système, les fournisseurs du locataire auraient le droit de demander la réalisation du fonds de commerce *in globo*, si les marchandises comprises dans le fonds sont la propriété de leur débiteur. Ils auront, sur le prix de vente ventilé de ces marchandises, le droit de gage général qui leur est reconnu par l'article 2093 C. Civ. Mais ils ne sauraient avoir de droits sur le prix des autres éléments du fonds (matériel et éléments incorporels). Ces éléments ne dépendant pas du patrimoine de leur débiteur, le propriétaire du fonds serait tenu sur les éléments incorporels et sur le matériel, si les fournisseurs du locataire avaient contre lui une action en responsabilité dans les termes du droit commun. Cette action sera fondée,

(1) MONTIER, note D.P. 1935.237.

soit sur un contrat (par exemple, le propriétaire aurait formé une société avec un locataire ou il se serait porté caution pour lui), soit sur un enrichissement sans cause, un délit ou un quasi-délit du propriétaire.

M. Montier indique comment la procédure devra se dérouler : il faudra que les fournisseurs mettent en cause le propriétaire en déclaration de jugement commun, afin d'éviter toute contestation lors de l'exécution du jugement, mais, en principe, ils ne devront pas requérir de condamnation personnellement contre lui. Le propriétaire devra subir la réalisation des éléments du fonds qui lui appartiennent, il en revendiquera le prix, ce prix restant le gage exclusif de ses propres créanciers.

Avant d'aborder la discussion de ce système, remarquons, tout d'abord, que deux conditions doivent être réunies : il faut qu'il y ait encore des marchandises dans le fonds, ce qui en fait sera assez rare ; il faut, en outre, que ces marchandises soient la propriété du locataire, qu'elles n'aient pas été transmises au propriétaire par une clause de contrat de location lui attribuant les marchandises en cas de résiliation ou de fin de bail ; dans ce dernier cas, les créanciers auront un droit sur le prix dû par l'acquéreur.

Il peut paraître illogique, à première vue, que les créanciers du locataire aient le droit de demander la vente simultanée des éléments incorporels, du matériel et des marchandises pour n'être payés ensuite que sur le prix des marchandises : « On ne voit pas l'intérêt pour les créanciers d'assigner en vente du fonds, il est beaucoup plus simple de faire vendre les marchandises. » (2).

« Le fournisseur veut se payer sur des marchandises qui sont généralement considérées comme ne faisant pas partie du fonds. » (3).

Ce système aurait l'avantage, selon son initiateur, de se concilier avec les textes et l'esprit de la loi du 17 mars 1909, l'une des raisons pour lesquelles l'article 18 a été institué, étant d'éviter le démem-

(2) COHEN: *Traité des fonds de commerce*, p. 626.

(3) P. RAYNAUD: *Revue Critique* 1936, p. 583.

brement du fonds de commerce par la saisie et la dispersion aux enchères publiques d'un ou plusieurs de ses éléments, et de permettre la réalisation plus avantageuse et à meilleur prix de tous ses éléments réunis.

Il existe, à l'appui de cette théorie, un argument sérieux déjà exposé par M. Percerou, à propos du nantissement de fonds de commerce : « Même dans les entreprises où l'établissement garde, malgré l'exclusion des marchandises, une valeur sérieuse, elles sont néanmoins nécessaires à son exploitation. Sans elles, il se vendra mal. » (4).

« Entre les éléments proprement dits d'un fonds de commerce et les marchandises, il s'opère comme une réaction de valeur qui donne une plus-value à l'ensemble. Ceci est surtout vrai de certains établissements (tel, par exemple, un café) dont la clientèle, obligée ou habituée à se servir à jour fixe, disparaîtra si les marchandises viennent à faire défaut, fût-ce pendant un temps très court. » (5).

Le phénomène de réaction de valeur est d'autant plus accentué que les marchandises ont une valeur plus grande par rapport aux autres éléments du fonds. Le produit de la vente en bloc du tout sera supérieur, le plus souvent, aux prix additionnés de deux ventes distinctes portant, l'une, sur le fonds, l'autre, sur les marchandises. Vendre les marchandises qui garnissent le fonds aux enchères publiques c'est entraîner la fermeture du fonds dont la clientèle se dispersera du jour au lendemain.

Ce système semble tenter un compromis ingénieux entre les intérêts des fournisseurs et ceux des propriétaires. Mais est-il légitime de sacrifier ainsi les intérêts du propriétaire qui préfère peut-être garder son fonds même avec une diminution de valeur que de le voir vendu aux enchères avec profit ? (6).

(4) PERCEROU: Rapports et séances (*Bulletin Soc. Et. Législ.* 1903, p. 233).

(5) PERCEROU, *op. cit.*, p. 252.

(6) M. MONTIER cite à l'appui de son système un arrêt de la Cour de Douai du 16 octobre 1934 (*Rec. Douai* 1935, p. 16) qui poserait le principe de l'indivisibilité du fonds et qui donne le droit au bailleur d'un débit de boissons de revendiquer la licence de débitant achetée par son locataire, sans qu'il n'y ait de clause à ce sujet dans le contrat de

M. Montier prévoit l'objection suivant laquelle l'article 15 ne saurait s'appliquer quand les divers éléments du fonds appartiennent à divers propriétaires, et déclare vaine cette objection. L'article 15, qui a pour but d'éviter le morcellement du fonds, est impératif et absolu. La loi de 1909 n'empêche pas que les règles de l'article 2093 ne soient pas observées pour la distribution des prix de vente obtenus par l'adjudication. Si donc ces éléments appartiennent à divers propriétaires, les prix correspondants à chacun d'eux doivent rester dans leur patrimoine propre, pour la sauvegarde des droits de leurs créanciers respectifs.

De plus, indique M. Montier, on trouve, dans l'application de la loi de 1909, d'autres cas où les fonds sont vendus dans tous leurs éléments, alors qu'ils sont le gage de masses distinctes. Par exemple, l'article 16 permet à un créancier nanti de poursuivre la réalisation de son gage contre un tiers détenteur, l'adjudication comprendra l'élément marchandises appartenant au tiers détenteur et non grevé par l'inscription.

Nous n'acceptons pas ce système pour plusieurs raisons : la disposition contenue dans l'article 16 ne peut être étendue et servir de fondement à l'obligation pour le propriétaire de laisser vendre son fonds, car la destination naturelle des marchandises est la vente, ce n'est pas celle d'un fonds de commerce dont la vente présente toujours un caractère aléatoire.

Il est contraire aux principes du droit d'infliger une véritable expropriation au propriétaire du fonds, même si celui-ci en tire un

location; cet arrêt s'explique du fait qu'un débit de boissons sans licence perd non pas une partie mais la presque totalité de sa valeur. D'ailleurs, en cette matière, la jurisprudence est constante et il ne saurait faire de doute, surtout depuis la loi du 9 novembre 1915 modifiée par celle du 31 mars 1929, que la licence de débits de boissons alcooliques doit être attribuée au propriétaire du fonds de commerce, dont elle est un accessoire indispensable, et un de ses éléments incorporels (Poitiers, 17 déc. 1929, *Gaz. Pal.* 1930.1.570; Lyon, 16 mai 1929, *Mon. Jud. Lyon* 25 février 1930; Besançon, 24 juin 1932, *Gaz. Pal.* 1932.2.632).

D'ailleurs un arrêt de la Cour de Cassation (Req. 15 juin 1931, S. 1931.1.285) est intervenu en la matière: lorsque le locataire du lieu où est exploité le débit de boissons a pris en location, en même temps du propriétaire de la maison, le matériel et le fonds de commerce, il ne peut prétendre à la propriété de la licence, même s'il est constaté que c'est par ses soins, son labeur et son activité que l'estaminet a acquis une grande prospérité.

profit (7). Il n'existe aucune raison de faire bénéficier les créanciers du locataire de la plus-value procurée aux marchandises par leur entrée dans le fonds.

M. Montier estime que, le plus souvent, on n'ira pas jusqu'à la vente aux enchères ; ce système permettra seulement au fournisseur de faire une pression suffisante sur le propriétaire du fonds qui, en général, préférera payer avec subrogation plutôt que de voir les éléments du fonds, dont il est resté propriétaire, vendus *in globo* aux enchères publiques dans des conditions défavorables.

C'est là une question de fait, difficile à trancher par avance, mais il ne faut pas oublier que, dans la plupart des cas, le recours contre le locataire risque d'être purement illusoire.

Ce système deviendrait « un moyen de chantage légal » (8). Et on peut imaginer ainsi le langage que le créancier du locataire ne manquerait pas de tenir au propriétaire : « Je reconnais que vous ne me devez rien personnellement, que je ne peux saisir ni votre mobilier, ni vos immeubles, ni aucun de vos autres biens ; je reconnais encore que, si je fais procéder à la vente, je ne toucherai rien de ma créance, parce que vos créanciers inscrits prendront tout ; je reconnais même que j'ai été follement imprudent en faisant crédit à votre locataire que je connaissais comme un mauvais débiteur et un homme sans moralité, ni conduite. Cependant, payez-moi, car si vous ne le faites pas, je ferai mettre votre fonds à l'encan ; il sera vendu à vil prix et vous serez ruiné. Mieux vaut pour vous me payer la faible somme qui m'est due. »

L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 février 1939 (9), qui dispose que l'article 18 a eu en vue exclusivement le cas où l'exploitant débiteur est en même temps propriétaire du fonds, est-il une condamnation définitive de ce système ? Il est difficile de répondre à cette question, car, comme le souligne M. Montier (10), lorsque le

(7) En ce sens RAYNAUD : *Rev. Crit.* 1936, p. 582.

(8) DUPRÉ, *op. cit.* *Journal des Notaires*, p. 767.

(9) Req. 22 février 1939, D.P. 1940.1.5.

(10) MONTIER, note précitée.

locataire est propriétaire des marchandises se trouvant dans le fonds, il est pour partie propriétaire du fonds.

Nous devons reconnaître que cette théorie a le mérite de constituer une solution transactionnelle entre l'action réelle et l'exonération totale du propriétaire ; cette théorie a pris soin de ménager les intérêts du propriétaire à une époque où ceux-ci risquaient d'être gravement atteints par certaines décisions de jurisprudence.

CHAPITRE IV

PORTÉE EXACTE DE L'ARTICLE 18 DE LA LOI DU 17 MARS 1909

Après avoir étudié les diverses interprétations auxquelles l'article 18 a donné lieu, nous nous devons de restituer à ce texte son sens véritable et sa portée exacte qui nous seront indiqués par les travaux préparatoires de la loi du 17 mars 1909. Nous avons déjà vu, d'après ces travaux, que le législateur de 1909 n'avait pas visé le contrat de bail.

Rappelons, d'abord, la situation juridique du créancier d'un commerçant avant la loi de 1909. Le caractère de meuble incorporel du fonds de commerce l'empêchait d'avoir recours à la saisie, et pratiquement il ne pouvait que saisir le matériel qui, le plus souvent, n'en constituait que l'élément le moins important. Les autres éléments, droit au bail, clientèle, se trouvaient alors perdus sans aucun profit pour les créanciers, et le débiteur était ruiné. L'action globale contre tous les éléments réunis du fonds ne pouvait être intentée que par un créancier pourvu d'un nantissement, en agissant en vertu de l'article 2078 C. Civ. et de l'article 93 C. Comm.

Le législateur, ainsi qu'en témoignent les textes cités, a voulu mettre fin à cette situation regrettable et a organisé, dans ce but, une procédure spéciale pour aboutir à la vente forcée de tous les éléments du fonds.

L'article 18 ne fait pas double emploi avec l'article 15 ; cet article suppose qu'un créancier chirographaire est déjà pourvu d'un titre exécutoire, et demande, après saisie-exécution, un jugement ordonnant la vente globale du fonds.

Le rapporteur devant le Sénat, M. Cordelet (11), faisait valoir, à l'appui de l'article 15, les considérations suivantes : « Nous sommes dans une matière qui requiert essentiellement célérité. Le sort du fonds de commerce ne peut pas rester longtemps incertain ; il faut que la décision qui en ordonne la vente intervienne promptement, et que la vente ait lieu ensuite à bref délai, pour abrégier autant que possible la période pendant laquelle le fonds ne peut que périlcliter... Le juge des référés sera compétent pour ordonner la vente, si le créancier est porteur d'un titre exécutoire, ou s'il agit en vertu d'un acte de vente ou de nantissement du fonds, même sous-seing privé. En dehors de ces deux cas, le Tribunal de Commerce, saisi d'une demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds, pourra, s'il en est requis et s'il prononce condamnation, ordonner par le même jugement la vente du fonds et les mesures provisoires ou accessoires. Une double procédure sera, en ce cas, inutile et ne pourrait qu'entraîner des lenteurs et des frais frustratoires. Tout créancier, en vertu d'un titre exécutoire, pourra, vingt-quatre heures après le commandement de payer, assigner le débiteur, soit sur le procès-verbal de saisie-exécution s'il a fait saisir les meubles, soit par exploit distinct contenant constitution d'avoué, devant le président du Tribunal Civil statuant en état de référé, pour entendre ordonner la vente du fonds.

« Le juge nommera, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, fixera les mises à prix, déterminera les principales conditions de la vente, et commettra pour y procéder un officier public, qui dressera le cahier des charges.

« Si le créancier, pourvu d'un titre exécutoire, a pratiqué une saisie immobilière, le débiteur aura lui-même le droit de l'assigner devant le juge des référés, pour faire ordonner la vente de son fonds avec les marchandises, matériel et effets mobiliers qui en dépendent. Les marchandises et le matériel, s'ils étaient vendus sans les autres éléments du fonds, notamment sans le droit au bail et la clientèle, pourraient éprouver, de ce fait, une grande dépréciation. »

(11) D. P. 1909.4.53, I, paragr. 4 *Journal Officiel* 5 janvier 1908, p. 48 ; voir en outre S. Lois annotées, 1909, p. 863, note 60 ; II, p. 867, note 70.

Antérieurement à la loi de 1909, on reconnaissait comme possible l'application aux fonds de commerce des dispositions de l'article 93 C. Comm., si le nantissement avait sa source dans une obligation commerciale. Mais l'application de ces dispositions n'allait pas sans soulever de nombreuses difficultés, à raison tant de la nature juridique particulière du fonds de commerce que du caractère très spécial du nantissement effectué sans dessaisissement du débiteur.

Les travaux préparatoires s'accordaient à reconnaître l'insuffisance du droit en la matière avant la loi de 1909.

Il est dit, notamment, dans l'exposé des motifs : « Quant à la procédure, il ne nous paraît pas qu'on puisse appliquer, même lorsque le nantissement est commercial, les formes sommaires de l'article 93 C. Comm. Le créancier qui n'a pas de titre exécutoire pourra, par le même jugement, obtenir condamnation contre son débiteur, et si le matériel et les marchandises sont restés en dehors du nantissement, il pourra les saisir et les faire vendre en même temps que le fonds pour en tirer le meilleur parti. »

On relève, dans le rapport de M. Baudet, à la Chambre des Députés (12), à propos des articles 18 à 23 : « Ces articles permettent d'éviter le morcellement des éléments constitutifs du fonds qui seraient dépréciés par un démembrement. »

Dans l'article 18 de son projet, la Société d'Etudes législatives organisait une procédure spéciale de réalisation du gage, et M. Percerou (13) soulignait, dans son rapport, l'insuffisance du droit commun :

« On conçoit qu'en dehors de toute faillite le créancier nanti, ou même un simple créancier chirographaire, veuille saisir le fonds pour le faire vendre aux enchères publiques et se payer sur le prix. Mais, parmi les saisies de notre Code de procédure, il n'y en a pas qui soit faite pour le meuble incorporel spécial qu'est un fonds de commerce. Il existe bien une saisie mobilière, mais elle est destinée aux meubles corporels. On ne peut donc, en tout cas, songer à

(12) *Journal Officiel* du 9 février 1909, annexe n° 2267.

(13) PERCEROU: Rapports et séances (*Bulletin Soc. Et. Législ.* 1903, p. 36 et 37).

l'appliquer qu'aux marchandises et au matériel d'exploitation. Quant aux marchandises, elles sont exclues du gage. Et pour le matériel nous ne pensons pas qu'il faille admettre en législation la possibilité de le saisir, indépendamment de la clientèle et du droit au bail. Cela pour deux motifs : juridiquement, parce qu'un fonds de commerce, une fois donné en gage, doit être considéré, vis-à-vis de tous, comme un tout homogène, indivisible ; pratiquement, parce que les ventes séparées du matériel, d'une part, de la clientèle et du droit au bail, d'autre part, donneraient de très mauvais résultats. La saisie mobilière est donc, croyons-nous, dès aujourd'hui, inadaptable au fonds de commerce dans son ensemble ; et, de plus, dans une bonne législation, elle devrait, selon nous, être déclarée inapplicable même au matériel séparément.

« En l'état actuel de notre droit, la seule procédure que le créancier nanti ait à sa disposition est celle des articles 93 C. Comm. et 2078 C. Civ. »

Comme l'a jugé un arrêt de la Cour de Paris (7^e ch.) du 21 avril 1932 (14), l'article 18 n'envisage que la simplification en un cas déterminé de la procédure d'exécution, et ne bouleverse pas les règles du droit pour affecter aux créanciers la chose d'autrui.

L'article 18 crée bien un privilège, mais au sens étymologique du mot, c'est-à-dire une faveur particulière, et non un privilège au sens que lui donne le Code Civil.

Si l'article 18 n'existait pas, les créanciers du propriétaire du fonds, même si leur créance se rattachait à l'exploitation du dit fonds, suivraient la procédure du droit commun ; ainsi, pour obtenir le paiement des sommes à eux dues, ils devraient, tout d'abord, prendre jugement de condamnation et subir l'appel de ce jugement s'il en était susceptible. En possession d'une décision définitive, et après avoir épuisé les deux degrés de juridiction, ils n'auraient d'autre ressource que de procéder à la saisie du matériel.

Conformément aux dispositions de la loi du 17 mars 1909, ils

(14) Paris (7^e Ch.), 21 avril 1932. *Gaz. Trib.* 16 juin 1932.

devraient notifier cette décision non seulement au débiteur, mais aux créanciers inscrits. Ces derniers, si le débiteur ne l'avait déjà fait lui-même, pourraient demander la vente du fonds, et le jugement qui la prononcerait serait, lui aussi, susceptible d'appel, d'où éventuellement et pour en arriver au résultat final, c'est-à-dire à l'exécution du débiteur, quatre décisions de justice.

L'article 18 permet l'économie de la saisie du matériel et de ses notifications et, au pis aller, le résultat se traduira par deux décisions de justice au lieu de quatre, c'est-à-dire par un gain de temps et une économie de frais considérables.

Pour faire jouer l'article 18, trois conditions doivent être réunies (15) :

1° Le jugement rendu sur la demande en paiement doit prononcer une condamnation, et cette condamnation constitue le titre sans lequel le créancier ne pourrait demander la vente ;

2° La créance donnant lieu à la condamnation doit présenter ce double caractère : a) d'être commerciale, cette exigence n'est pas formellement exprimée, mais elle ne fait pas de doute, puisque l'article 18 suppose une demande en paiement portée devant le Tribunal de Commerce ; b) de se « rattacher à l'exploitation du fonds ». Une créance revêt ce caractère si elle a sa cause dans un acte accompli pour les besoins de cette exploitation.

Il en résulte qu'une créance qui se rattache à l'exploitation du fonds sans être commerciale, par exemple la créance de loyer du bailleur de l'immeuble où est installé le fonds, ne permettra pas de faire jouer l'article 18.

De même, si l'hypothèse inverse se présente, et s'il s'agit d'une créance qui est commerciale, mais ne se rattache pas à l'exploitation du fonds, comme par exemple la créance née d'une lettre de change, dont la cause est étrangère à cette exploitation.

Ces conséquences n'ont certainement pas été voulues par le législateur, car il y a intérêt pour le titulaire d'une créance commer-

(15) Voir THIBAUT : *Vente et nantissement des fonds de commerce*, p. 170.

ciale, même ne se rattachant pas à l'exploitation, à obtenir, en même temps que le jugement de condamnation en paiement de la créance, un jugement ordonnant la vente du fonds.

Un auteur (16) repousse cette conséquence dans les termes suivants : « Il faut faire prédominer ici l'esprit du texte sur la lettre ; il suffit et il faut que le Tribunal de Commerce soit compétent pour que l'article 18 reçoive son application. On peut, pour excuser le législateur, dire qu'il a statué *de eo quod plerumque fit*. »

Bien que cette opinion soit justifiée, elle ne permet pas d'aller à l'encontre d'un texte formel ;

3° Enfin, le créancier doit demander la mise en vente. Le tribunal n'a pas à prendre d'office une mesure qui est exorbitante du droit commun. Toutefois, le propriétaire du fonds de commerce dont la vente est ordonnée bénéficie d'un délai de grâce avant l'expiration duquel la procédure ne peut être commencée.

Les créanciers du propriétaire ont, sans aucun doute, le droit de demander l'application de l'article 18, lorsque le fonds est loué, si le propriétaire a contracté avant le bail des dettes pour l'exploitation de son fonds.

Le locataire va donc se trouver évincé par suite de la vente du fonds. Quelle va être sa situation ? Comme en matière de vente, en cas de location, le bailleur garantit le preneur contre l'éviction et les troubles de droit (17). L'exercice par un tiers d'un droit sur le fonds ou sur un des éléments du fonds permet au preneur de se faire indemniser du préjudice qu'il subit. La garantie d'éviction a d'ailleurs été accordée par un arrêt de la Cour de Colmar du 11 mai 1926 (18), suivant lequel, pendant le bail, le contrat a les mêmes effets que la vente.

(16) BOUVIER-BANGILLON : *Vente et nantissement des fonds de commerce* (Lois nouvelles 1909, n° 380).

(17) Voir BOUTAUD et CHABROL, n°s 438 et 439.

(18) Colmar 11 mai 1926; *Gaz. Pal.* 1926.2.303, *Rev. Trim.* 1926, p. 1057; *Comm. DEMOGUE*.

L'éviction sera complète et empêchera l'exercice du commerce par le preneur, celui-ci pourra faire résilier le bail.

Les créanciers du propriétaire pourront-ils mettre en vente les marchandises qui appartiennent au locataire ? Nous optons pour l'affirmative ; ce droit des créanciers résulterait de l'article 15, alinéa 1, de la loi du 17 mars 1909. Mais le prix de vente de ces marchandises doit revenir, sans aucun doute, au locataire. Le locataire pourrait aussi payer les créanciers poursuivants du propriétaire ; il serait ainsi subrogé dans leurs droits, et le fonds de commerce serait pour lui une garantie sérieuse.

TROISIÈME PARTIE

Recherche d'un Fondement Juridique
à la responsabilité du Propriétaire
d'après les principes généraux du droit

CHAPITRE PREMIER

ACTION CONTRE LE PROPRIÉTAIRE FONDÉE SUR L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Le créancier non payé, qui a fait pour le compte du locataire des améliorations à un fonds de commerce, ou qui a contribué à la marche de l'exploitation par des fournitures de marchandises, dispose-t-il contre le propriétaire de l'action *de in rem verso* ? Notre étude sera facilitée par l'existence de nombreuses décisions rendues à propos d'actions *de in rem verso* dirigées par des créanciers de locataires d'immeubles ou de fermiers contre les propriétaires.

SECTION I

Théorie de l'enrichissement sans cause appliquée à notre sujet

Si le fournisseur du locataire prouve que le propriétaire a bénéficié d'un enrichissement injuste, il a contre lui une action directe. Tel est, en effet, le principe. « Il y a action *de in rem verso* toutes les fois qu'une personne a obtenu un enrichissement (accroissement brut de son patrimoine), dont la condition nécessaire est l'appauvrissement d'une autre (diminution brute du patrimoine de celle-ci); l'enrichissement de la première étant sans cause, c'est-à-dire n'étant justifié ni par un équivalent fourni, ni par un droit moral de l'enrichi à l'égard de l'appauvri. » (1).

On pouvait penser que la Cour de Cassation se montrerait favorable à cette action dirigée contre un propriétaire de fonds de commerce, puisque c'est à l'occasion de fournitures faites à l'explo-

(1) MAURY: *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit privé français*. Thèse. Toulouse 1920, t. II, p. 352.

tant d'une propriété rurale (2), et de travaux effectués pour un locataire de fonds de commerce (3), que l'existence de l'action *de in rem verso* avait été affirmée.

Nous ne pensons pas que les décisions rendues à propos de la théorie de l'enrichissement sans cause appliquée à notre sujet (4) soient dues aux circonstances de fait constatées par les juges du fond. On peut affirmer que la Cour de Cassation refuse d'accueillir une telle action contre le propriétaire de fonds de commerce (5).

Avant d'étudier une application possible de l'enrichissement sans cause, il convient d'examiner la composition du fonds de commerce ; dans le fonds, il existe une partie qu'on pourrait appeler permanente, dont les modifications de valeur ou d'importance sont incertaines, et une partie variable sujette à des fluctuations fréquentes et en quelque sorte normales.

« La partie permanente, qui comprend d'une manière générale les éléments incorporels du fonds échappe à l'emprise des créanciers du locataire, parce qu'elle n'a pu recevoir de ce dernier aucun accroissement aisément appréciable qui puisse être séparé du fonds. Les créanciers du locataire peuvent prétendre droit, au contraire, sur la partie variable du fonds : sur les éléments corporels, matériel et marchandises, toutes les fois que leur quantité, au moment du litige, sera supérieure à la quantité laissée par le bailleur au moment du bail. » (6). Ainsi, les créanciers n'auraient aucun droit, s'ils ont augmenté la clientèle ; mais le locataire lui-même a-t-il droit à une indemnité dans cette hypothèse ?

Ceci nous conduit à étudier la façon dont s'opérera le règlement entre locataire et propriétaire, lors de la cessation du bail. Cette question présente aussi de l'intérêt pour les créanciers du locataire ; ceux-ci ne pourront pas intenter l'action *de in rem verso* contre le

(2) Req. 15 juin 1892, D.P. 1892.1.596, S. 93.1.281, note LABBÉ.

(3) Trib. Sup. Darmstadt, 20 avril 1895 ; D.P. 97.1.332.

(4) Req. 22 février 1939, D.P. 1940.1.5, note RIPERT ; S. 1939.1.39.

(5) En ce sens RIPERT, note précitée.

(6) ROUSSEAU, note S. 1936.2.35.

propriétaire, lorsque ce dernier aura le droit de retenir les améliorations sans indemnité.

Nous distinguerons deux cas :

I

PREMIER CAS. — *Le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble où le fonds est exploité :*

Ce cas avait été réglé par l'article 6 de la loi du 30 juin 1926. Ce texte a été modifié par la loi du 13 juillet 1933.

L'article 6, tel qu'il résultait de la loi de 1926, était ainsi conçu : « Lorsque le bailleur est à la fois propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité, et que le bail porte en même temps sur les deux, en cas de non-renouvellement il ne devra une indemnité au locataire qui aura continué le commerce déjà existant que dans la mesure prévue à l'article 7. »

L'article 7 allouait au locataire sortant « une indemnité à concurrence du profit que le propriétaire aura retiré de la plus-value apportée par le locataire à la valeur locative de l'immeuble, par suite... des aménagements qu'il aurait effectués ». Un arrêt de la Cour de Rennes du 20 juin 1927 (7) décidait, sous l'empire de cette législation, que le locataire sortant ne pouvait pas prétendre à une indemnité, du fait de l'accroissement de la clientèle ou achalandage. Le commentateur de cet arrêt indique, à tort, qu'il doit être tenu compte au locataire sortant de la plus-value de valeur locative résultant du développement de la clientèle par son travail, bien qu'il soit difficile de chiffrer cette plus-value.

D'autres auteurs (8) estimaient, au contraire, que l'indemnité doit être limitée à l'hypothèse où la plus-value apportée à la valeur

(7) Rennes, 20 juin 1927. *Gaz. Pal.* 1927.2.344.

(8) ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS: *Traité théorique et pratique des baux commerciaux* (1^{re} édit.) 1928, p. 310, n° 570.

locative de l'immeuble résulte d'aménagements effectués par le locataire, le législateur ayant écarté expressément toutes les autres causes de plus-value.

En tout cas, le propriétaire peut éviter le paiement de ces indemnités, en demandant au locataire la remise en état des lieux, et le texte de l'article 7 est rédigé de telle façon que, s'il opte en ce sens, il ne doit d'indemnité ni pour les aménagements auxquels il renonce, ni pour le développement imprimé au commerce par le locataire.

Le nouvel article 6, tel qu'il résulte de la modification apportée par la loi du 13 juillet 1933 est ainsi conçu :

« Lorsqu'il est à la fois propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité, et que le bail porte en même temps sur les deux, le bailleur, en cas de refus de renouvellement du bail, pourra continuer l'exploitation commerciale ou industrielle, mais il devra une indemnité au locataire à concurrence du profit qu'il aura retiré de la plus-value apportée soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble, du fait des améliorations matérielles effectuées par le locataire. »

Le locataire aura donc droit à une indemnité dans deux hypothèses (9) :

1° S'il a augmenté la valeur locative de l'immeuble, du fait des améliorations matérielles qu'il a effectuées ; il n'aura pas droit à une indemnité, si l'augmentation de la valeur provient de causes qui lui sont étrangères, telles que le développement du quartier où se trouve l'immeuble, ou un changement des circonstances économiques en général ;

2° Si le fonds a augmenté de valeur, grâce à l'activité du locataire ; les éléments étrangers à son activité ne sauraient lui bénéficier. On fera la différence entre la valeur du fonds à la prise de possession et la valeur à la fin du bail ; on fera la discrimination dans cette différence entre la part qui est attribuable au locataire et la

(9) Voir ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS : *Traité théorique et pratique des baux commerciaux*, 2^{me} édit. 1934, p. 152, n° 246.

part qui lui est étrangère. Cette indemnité n'est due au locataire que dans la mesure où le propriétaire en bénéficie, « à concurrence du profit qu'il aura retiré ».

La nouvelle rédaction de l'article 6 n'est pas très claire. Doit-on accorder l'action en indemnité pour plus-value de la valeur locative du fonds seulement si cette plus-value résulte d'améliorations matérielles ? La virgule placée dans le texte signifie-t-elle que les améliorations matérielles s'appliquent à la fois aux deux plus-values, celle de l'immeuble et celle du fonds ?

Pour certains auteurs (10), la solution ne peut pas en être donnée par les travaux préparatoires de la loi, car la virgule n'existait pas dans les projets votés par le Sénat, mais existait dans les rapports faits à la Chambre. Ces auteurs pensent qu'il est illogique de limiter la plus-value apportée au fonds en ne tenant compte que des améliorations matérielles effectuées par le locataire ; cette plus-value peut être considérable et résulter notamment de l'augmentation de la clientèle sans que la moindre amélioration ait été faite dans les lieux.

Cependant la jurisprudence a adopté une attitude opposée. D'après un arrêt de la Cour de Pau du 4 juin 1936 (11), aucune indemnité ne peut être allouée s'il n'y a pas eu d'améliorations matérielles. Cet arrêt se fonde sur les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1931 : « Attendu qu'un amendement Tasso Vincent, prévoyant le bénéfice d'une indemnité pour la clientèle et l'achalandage, a été repoussé. » (12). Une partie de la doctrine est en ce sens ; l'addition d'une clientèle nouvelle au fonds de commerce, même si elle contribue à donner une plus-value à celui-ci, ne pourrait néanmoins être considérée comme une amélioration matérielle (13).

(10) ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, *op. cit.* (2^{me} édit.) 1934, p. 542, n° 1.111.

(11) Pau, 4 juin 1936. D.H. 1936.484.

(12) Voir Rapport PUECH. *Journal Officiel* 4 juin 1931, annexe 1080, p. 904.

(13) COHEN: *Traité des fonds de commerce*, p. 616, n° 847.

II

DEUXIÈME CAS. — *Le propriétaire du fonds et le propriétaire du local commercial sont deux personnes distinctes :*

Tout d'abord, remarquons qu'il est parfois difficile de savoir qui est le véritable propriétaire du fonds, notamment dans l'hypothèse de la location-vente, et lorsque certains éléments seulement du fonds ont été cédés.

Il a été jugé que le seul achat d'un mobilier peu important n'implique pas l'acquisition du fonds, lorsque la clientèle n'a pas été vendue, qu'il n'y a pas eu d'inscription de privilège, ni aucune publication, et qu'en conséquence la loi du 30 juin 1926 est inapplicable à celui qui n'est que locataire du fonds, ce dernier ne pouvant réclamer aucune indemnité d'éviction au cas où le renouvellement de son bail lui est refusé (14).

Cette loi, en effet, par son texte et par son esprit, refuse d'étendre, dans ce cas, le bénéfice de la propriété commerciale à la location de fonds de commerce. Elle protège la propriété du fonds ; elle ne s'intéresse pas directement à son activité ; elle bénéficie seulement aux commerçants qui sont à la fois propriétaires d'un fonds et locataires du local où le fonds est exploité. Elle ne régit que les rapports de ces commerçants avec leurs bailleurs. De plus, la loi ne vise que les locations de local, d'immeuble bâti (article premier) et de terrain ; le fonds de commerce est considéré comme un meuble, la loi ne s'applique pas. La jurisprudence décide que le locataire d'un fonds de commerce ne peut ni réclamer au propriétaire du fonds un renouvellement du bail dont il bénéficie, ni réclamer au propriétaire de l'immeuble un renouvellement du bail du local dans lequel s'exploite le fonds (15).

Le Tribunal Civil de Lisieux a jugé, cependant, le 18 juillet 1927 (16), que le locataire d'un fonds de commerce est en droit d'invo-

(14) Req. 26 juillet 1932 et Aix, 18 juin 1930. *Gaz. Pal.* 1932.2.686.

(15) Req. 22 juillet 1931. D.H. 1931.507 ; Paris, 1^{er} déc. 1930. *Gaz. Pal.* 1931.1.300.

(16) Trib. civ. Lisieux, 18 juillet 1927. *Gaz. Pal.* 1927.2.665.

quer le bénéfice de la loi du 30 juin 1926, vis-à-vis du locataire de l'immeuble qui lui a donné le fonds en location. Mais cette espèce présentait des circonstances particulières, et le jugement rendu ne peut être considéré comme une décision de principe.

Une deuxième question se pose, connexe à celle que nous venons d'étudier : le locataire a-t-il droit à une indemnité pour la plus-value qu'il pourrait avoir donnée à ce fonds, en étendant ses débouchés, en augmentant sa clientèle ou en lui donnant une clientèle nouvelle ?

La question s'était déjà présentée à propos du bail à ferme ; la jurisprudence avait rejeté la demande des fermiers sortants qui réclamaient au bailleur une indemnité pour plus-value donnée au sol par une bonne culture et des engrais abondants (17) ; le bailleur qui profite des engrais mis par le fermier ne bénéficie pas d'un enrichissement sans cause, si ce profit est une conséquence du bail et une compensation du faible fermage dont il s'est contenté (18).

La Cour de Cassation (Ch. Civ.), dans un arrêt du 28 mars 1939 (19), avait décidé que le droit accordé par l'article 555 C. Civ., et qui permet au propriétaire de retenir les plantations, constructions et ouvrages effectués par un tiers sur un fonds lui appartenant, ou d'obliger ce tiers à les enlever, ne saurait être étendu aux améliorations qui ne constituent pas une chose nouvelle pouvant être l'objet d'une accession au profit du propriétaire du fonds.

Le même arrêt ajoute que le fermier qui, par des travaux importants, a augmenté les cultures sur une grande étendue ne peut réclamer le remboursement des impenses faites au cours du bail, ces améliorations rentrant dans l'exploitation normale du fonds et ne pouvant faire l'objet d'une accession au profit du propriétaire du sol, et, d'autre part, le fermier n'ayant effectué ces travaux que dans

(17) Douai, 11 août 1877, S. 78.2.150; 10 déc. 1902 et 2 mai 1903, S. 1904.2.69; 13 mars 1928, *Semaine Juridique* 1929.524.

(18) Douai, 26 mai 1930, D.P. 1931. *Sommaire*, p. 46.

(19) Civ. 28 mars 1939. D.H. 1939.289.

son intérêt, à ses risques et périls, et en ayant recueilli les profits au cours de sa jouissance (20).

Enfin, à propos de l'action *de in rem verso*, cet arrêt décide que cette action, admise dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouve sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, ne peut trouver son application lorsque celle-ci a effectué les travaux dans son intérêt et à ses risques et périls.

Pour approuver cette jurisprudence, on invoque (21) que le preneur est tenu par son contrat de location de bien cultiver (article 1766 C. Civ.) ; toutefois, si l'enrichissement du propriétaire résulte de l'exécution du contrat, il n'a pas été proprement l'objet d'une des obligations assumées ; on invoque aussi que, si le fermier a pris une terre en mauvais état, ce fait a dû être pris en considération, et s'il a mis des engrais pour plusieurs années d'avance dans sa dernière année de bail, c'est à ses risques ; une indemnité ne pourrait être envisagée que dans le cas de résiliation imprévue.

Il est fort probable que la jurisprudence repousserait de la même façon l'action en indemnité pour augmentation de clientèle formulée par le locataire d'un fonds de commerce. Nous avons vu plus haut qu'elle l'avait refusée dans le cas où le propriétaire du fonds est aussi propriétaire de l'immeuble, alors qu'elle aurait pu l'accorder par une interprétation extensive de la loi du 30 juin 1926.

En général, la doctrine (22) refuse une indemnité au locataire sortant. Seul, M. Voirin (23), en faisant remarquer qu'une telle question se pose dans tous les baux ayant pour objet une exploitation, estime que le locataire pourrait légitimement prétendre à cette indemnité.

Le locataire, dit-on, n'est tenu en contre-partie à aucune indemnité pour la dépréciation subie par le fonds, à moins qu'on ne pût la rattacher à des fautes précises de mauvaise exploitation. En réalité,

(20) Cet arrêt peut, sans aucun doute, s'étendre à la question de l'augmentation de clientèle car elle ne constitue pas une chose nouvelle.

(21) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VII, n° 758.

(22) BOUTAUD et CHABROL, *op. cit.*, n° 468 ; COHEN, *op. cit.*, p. 617 ; GRANGER, thèse précitée, p. 289.

(23) VOIRIN : *Revue Trimestrielle* 1931, p. 311, note 2.

le propriétaire est protégé contre cette dépréciation par le dépôt de garantie et par la faculté de résilier le contrat.

La Cour de Cassation, dans un arrêt déjà ancien (24), avait tranché la question à propos du matériel du fonds : le preneur d'un établissement industriel et du matériel attaché à l'exploitation de ce fonds ne peut souffrir ni profiter des fluctuations de valeur que le matériel a subies au cours du bail, lesquelles sont indépendantes de son fait et de sa volonté ; c'est la règle *res perit aut crescit domino*.

Remarquons qu'un propriétaire de fonds qui n'a jamais exploité par lui-même serait en droit, en vertu des articles 7 et 8 de la loi du 30 juin 1926, de réclamer au bailleur ou au nouvel occupant la plus-value que son locataire aurait procurée au fonds.

L'étude qui a fait l'objet de ce paragraphe nous permet de conclure que les créanciers du locataire ne pourront pas intenter une action *de in rem verso* contre le propriétaire du fonds non propriétaire du local, s'ils ont par leur fait augmenté, d'une façon certaine, la clientèle du fonds (25).

SECTION II

Réunion des conditions nécessaires à l'exercice de l'action « de in rem verso »

C'est dans la mesure de l'enrichissement apporté et du préjudice subi que l'appauvri supporte que celui-ci peut exercer utilement l'action *de in rem verso* (1). « Les assignations en paiement contre le propriétaire du fonds risqueraient, écrivait M. Lalou (2), un jugement d'irrecevabilité, si elles se bornaient, faisant seulement état de la commande et invoquant le contrat, à demander un paiement de fournitures. »

(24) C. Cass., 1^{er} août 1859. D. 59.1.353 ; S. 1860.1.67.

(25) Les représentants de commerce ont droit à une indemnité pour augmentation de clientèle, mais c'est une disposition législative qui leur accorde expressément cette faveur.

(1) Lyon, 11 janvier 1906. D.P. 1906.1.132.

(2) LALOU : *Chron. D.H.* 1928, p. 26.

Le montant de la demande formulée dans l'action *de in rem verso* doit, en effet, être soumis à la double limitation tracée par l'enrichissement procuré et par l'appauvrissement souffert qui, selon l'expression de M. Ripert (3), « étangle l'action d'enrichissement sans cause ».

En général, le fournisseur a réclamé une créance contractuelle et en a précisé le montant sans tenir compte de cette double limitation ; s'il invoque ce contrat, ce n'est pas pour en étendre les effets au propriétaire, mais pour fournir une base d'évaluation, le contrat étant retenu par le juge comme le meilleur indice. L'action du fournisseur ne s'est jamais présentée sous la forme que devrait avoir l'action *de in rem verso*, sauf peut-être dans une espèce jugée par la Cour de Paris (8^e ch.), le 25 mars 1933 (4), ainsi qu'il semble en résulter des termes de l'arrêt : « Considérant qu'il échet, en conséquence, de déclarer la Société John de Alvis (propriétaire) comme tenue envers Beligant (créancier du locataire) du montant de l'enrichissement que celui-ci lui a procuré. »

Parmi les questions non encore précisées dans la théorie générale de l'enrichissement sans cause figure celle de l'époque de l'enrichissement. L'enrichissement dont a bénéficié le propriétaire doit-il encore s'y trouver au jour où l'action est intentée ?

Supposons qu'un créancier du locataire livre à crédit à ce dernier des fournitures de matériel. Ces fournitures ont pour but de remplacer un matériel ancien ; elles passent immédiatement dans le patrimoine du bailleur. Le créancier peut-il intenter l'action *de in rem verso* si le matériel nouveau a disparu ou s'est considérablement déprécié au jour de l'exercice de l'action ?

Pour apprécier s'il y a eu enrichissement pour le défendeur, et à quelle somme s'élève cet enrichissement, il faut se placer, non pas au jour où se sont produits les faits qui ont donné lieu au litige, mais au jour où l'action a été intentée (5).

(3) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(4) Paris (8^e Ch.), 25 mars 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.133.

(5) Lyon, 11 janvier 1906, précité.

Il a été jugé, au contraire, à propos de l'usufruit (6), qu'un usufruitier est fondé à exercer, dès qu'il a accompli des grosses réparations, l'action *de in rem verso* contre le nu-propriétaire, dont l'enrichissement est immédiat, puisque la valeur de son droit de nue-propiété s'en trouve accrue ; mais l'indemnité à la charge du nu-propriétaire ne doit alors excéder ni le montant des dépenses réellement faites, ni le montant de la plus-value acquise à son droit.

Pour certains (7), l'enrichissement doit exister non seulement au moment de la demande en justice, mais même au jour du jugement.

L'action *de in rem verso* a un caractère subsidiaire ; elle doit être limitée à des cas exceptionnels, elle ne peut être exercée qu'à défaut de tout autre moyen juridique ; elle ne doit être admise que dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (8).

En cas de location de fonds, le créancier a bien un recours contre le locataire qui est son débiteur, mais celui-ci est en état d'insolvabilité. La voie de droit qui est à la disposition du créancier est devenue, dès lors, inopérante. Doit-on lui refuser quand même cette action ? Le caractère subsidiaire signifie-t-il que le demandeur peut réussir, même si une action est née à son profit, même s'il l'a conservée, mais seulement dans le cas où elle se trouve dépourvue de toute efficacité, par suite de l'insolvabilité de celui contre qui elle pouvait être dirigée ? Ce sens, si on l'admet, estime M. BARTIN (9), ne vaudra qu'autant que l'action donnée à l'auteur de l'enrichissement, soit contre le défendeur éventuel à l'action *de in rem verso*, soit contre un tiers, ne résulte pas d'un contrat.

(6) Paris (1^{re} Ch.), 27 juillet 1928. *Gaz. Pal.* 1928.2.697.

(7) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VII, n° 753.

(8) Civ., 12 mai 1914. *Gaz. Pal.* 1915.59 et la note S. 1918, 1919.1.41 ; Civ., 2 mars 1915. D.P. 1920.1.202 ; AUBRY et RAU, 5^{me} édit., par BARTIN, t. IX, p. 358.

(9) Voir AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 362.

Pour d'autres auteurs (10), cette action ne doit pas être refusée à celui qui recourt contre le tiers enrichi, en raison de l'insolvabilité de son débiteur contractuel, lorsqu'en poursuivant celui-ci avec plus de diligence, ou en prenant soin de se faire concéder une sûreté, il n'eût pas souffert de cette insolvabilité, l'action *de in rem verso* devrait être subordonnée seulement à la constatation de l'insolvabilité du débiteur contractuel.

M. Rouast (11) semble admettre une opinion opposée ; il propose de distinguer suivant que l'obstacle de fait entravant l'action contractuelle de l'appauvri provient de la faute, de la négligence, ou en quelque manière que ce soit de la volonté du demandeur, ou suivant que cet obstacle est complètement étranger à sa volonté. Dans le premier cas, l'action *de in rem verso* ne doit pas être admise ; elle peut l'être dans le second si ses autres conditions sont remplies, l'équité voulant que le demandeur souffre le moins possible de son appauvrissement, l'action n'est pas utilisée alors pour tourner la loi, mais pour suppléer à son action impossible.

Un arrêt de la Cour de Paris (11^e ch.) (12) a fait application de cette doctrine, au cas de poursuites contre un propriétaire de fonds de commerce ; tout d'abord, a-t-il précisé, il faut que celui qui entend exercer l'action *de in rem verso* n'ait pas omis d'exercer, pour la sauvegarde de ses droits, une autre action qu'il avait à sa disposition. Le moyen que le fournisseur avait à sa disposition, estimait cet arrêt, était de requérir en temps utile la mise en vente du fonds et d'user ainsi de la faculté accordée au créancier par l'article 18 de la loi du 17 mars 1909.

Ensuite, décidait le même arrêt, il ne suffit pas, pour donner ouverture à l'action *de in rem verso* qu'un enrichissement puisse être constaté au profit de celui contre qui elle est intentée, il faut encore que celui qui entend l'exercer n'ait pas commis lui-même de faute ou de négligence. Or, dans cette espèce, le fournisseur a commis une

(10) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VII, n^o 764.

(11) ROUAST : « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile » (*Revue Trim.* 1922, p. 88, note D.P. 1924.1.125 sous Civ. 12 fév. 1923).

(12) Paris (11^e Ch.), 25 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.219.

grave négligence en ne se renseignant pas sur la solvabilité de l'avaliseur des traites du locataire, à qui il n'a demandé d'avaliser que quelques traites et non toutes.

La Cour de Cassation (Ch. des Req.), lorsqu'elle a repris la même espèce (13), a jugé aussi qu'il était loisible au fournisseur de connaître, par la consultation du registre de commerce, la véritable situation du locataire ; elle repousse l'action *de in rem verso*, car l'appauvrissement du fournisseur est la conséquence de l'insolvabilité de celui avec qui il a traité et dérive de sa propre imprudence.

Nous ne pouvons qu'approuver ces décisions, car l'appauvrissement subi ne doit être imputable ni à la faute, ni à la négligence du demandeur. Mais les conséquences du caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* ne doivent pas être poussées trop loin, comme l'a fait une décision du Tribunal de Commerce du Havre (14).

Ce tribunal a jugé que, si nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, il n'en résulte pourtant pas que l'entrepreneur qui a effectué des travaux pour le compte du locataire d'un fonds de commerce puisse, après la mise en faillite de ce dernier, se retourner contre le propriétaire du fonds pour le montant des travaux effectués, sous prétexte qu'ils vont profiter à celui-ci, alors que l'entrepreneur savait qu'il n'avait pour débiteur que le locataire, le propriétaire ayant publié dans les journaux le contrat passé.

A notre avis, la seule connaissance du contrat ne devrait pas suffire à exclure l'action *de in rem verso*, et cette décision ne pourrait se justifier que de l'une des façons suivantes :

1° Les travaux effectués n'ont procuré aucun enrichissement au propriétaire ;

2° Le locataire était tenu d'effectuer ces travaux en vertu de son contrat ;

3° Le contrat était une vente déguisée, dont le tribunal recon-

(13) Req. 22 fév. 1939; D.P. 1940.1.5.

(14) Trib. com. Le Havre, 6 sept. 1929. *Rec. Havre* 1929.1.226.

naîtrait implicitement la validité et le locataire prétendu était le véritable propriétaire du fonds.

Comme condition de la réussite de l'action *de in rem verso* contre le propriétaire du fonds, il faut prouver qu'il a été procuré à ce dernier un enrichissement certain ; il ne suffit pas d'invoquer un fait préjudiciable pour intenter l'action *de in rem verso*, il faut encore prouver que ce fait a enrichi celui contre lequel l'action est intentée (15).

Il ne fait pas de doute que, si une personne a vendu sans être payée une licence de débit de boissons à un locataire de fonds de commerce, elle aura contre le propriétaire une action *de in rem verso*.

La question ne s'est pas encore posée dans les rapports des fournisseurs d'une licence et du propriétaire, mais elle s'est posée entre le locataire et le propriétaire, notamment dans un arrêt de la Cour de Douai du 16 octobre 1934 (16). Dans cette espèce, le locataire d'un immeuble à usage de débit de boissons, et du fonds de commerce qui y était attaché, avait dû acheter à un autre qu'à son prédécesseur une licence de débitant ; sans cette licence, le bail du fonds se serait trouvé sans objet.

L'arrêt décide que le locataire est en droit, à sa sortie d'exiger du propriétaire du fonds le remboursement du prix d'achat de la licence, celui-ci ne pouvant avoir la prétention de bénéficier d'un enrichissement sans cause.

Le propriétaire doit-il rembourser les travaux effectués sur son fonds ? A propos de location d'immeuble, une décision (17) estimait qu'il n'y avait pas enrichissement si les travaux effectués dans l'immeuble sont de simples travaux d'aménagement intérieur qui n'en ont point augmenté la valeur vénale.

Il existe, dans le même sens, à propos de fonds de commerce, une

(15) Lyon, 11 janvier 1906, précité.

(16) Douai, 16 oct. 1934. *Rec. Douai* 1935, p. 16.

(17) Paris (2^e Ch.), 26 juin 1899. D.P. 1900.1.154.

décision plus récente de la 11^e chambre de la Cour de Paris (18) : les fournisseurs ne sont pas fondés à arguer du caractère personnel et direct de l'enrichissement que le propriétaire du fonds aurait retiré des travaux effectués, s'ils n'établissent pas, pour justifier l'exercice d'une action *de in rem verso*, l'existence d'un avantage qu'ils auraient, par leur fait personnel, procuré au propriétaire, et si ces travaux ont consisté en petites réparations destinées à l'exploitation courante du fonds de commerce.

Par contre, la 8^e chambre de la même cour jugeait (19) qu'il y avait enrichissement du propriétaire, si celui-ci a repris possession de son fonds avec les installations et aménagements effectués par le fournisseur, sans rien déboursier en ce qui concerne les travaux, et si une plus-value résultait de ces installations et aménagements conformes à la destination du fonds. Cette décision ne peut pas se justifier si le contrat de location attribuait les travaux effectués au propriétaire, sans indemnité.

Les marchandises livrées au fonds peuvent-elles être à la base d'un enrichissement sans cause du propriétaire, soit parce que ce dernier les reprendrait en fin de bail, soit parce qu'elles assureraient la marche du fonds ?

Déjà, dans un rapport qui précède un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 novembre 1881 (20), le conseiller Le Pelletier estimait que le propriétaire d'un fonds immédiatement reloué au vendeur doit être tenu envers les créanciers, « d'autant plus qu'il a profité lui-même des fournitures qui, en alimentant le fonds de commerce, ont maintenu son débit et sa valeur ; et son silence, s'il n'était pas un quasi-délit, ressemblerait peut-être à un quasi-contrat qui l'oblige envers les créanciers du fonds ».

L'annotateur de cet arrêt reprend le même argument ; en omettant de porter à la connaissance des tiers l'acquisition qu'il a faite

(18) Paris (11^e Ch.), 23 fév. 1932. *Caz. Pal.* 1932.1.950, sous-note a; *Journal Trib. Comm.* 1933.1, p. 259.

(19) Paris (8^e Ch.), 25 mars 1933. *Caz. Pal.* 1933.2.133, sous-note a.

(20) Req. 21 nov. 1881. D.P. 1882.1.165. Rapport du conseiller LE PELLETIER et la note.

du fonds, l'acquéreur profite lui-même des fournitures qui entretiennent l'établissement et qui, s'ils ne l'accroissent, en maintiennent au moins la valeur ; son silence le lie donc indirectement aux fournisseurs.

Ces deux auteurs n'emploient pas l'expression d'enrichissement sans cause, la théorie n'en était pas encore dégagée à ce moment, mais ils admettent qu'il existe un quasi-contrat entre le propriétaire et les fournisseurs. Ce quasi-contrat ne pourrait être que l'enrichissement sans cause, car il n'y a ni gestion d'affaires, ni paiement de l'indu. L'obligation pour le preneur de restituer des marchandises en fin de bail crée une apparence de profit tiré par le bailleur. Mais ce profit est-il certain ou seulement apparent ?

On ne saurait admettre l'action *de in rem verso* contre le propriétaire, si on n'établit pas que les marchandises existaient lors de la reprise du fonds par le propriétaire ; on ne saurait, non plus, admettre que les fournitures aient été faites, en réalité, au fonds de commerce, et non à la personne du locataire, ni que le propriétaire se soit enrichi sans cause en reprenant son fonds de commerce dans lequel étaient entrées des marchandises impayées ; en effet, le fonds de commerce ne constitue pas une personnalité juridique ; de plus, de l'aveu des fournisseurs, les marchandises « ont été un des éléments du prix de reprise ou des sommes liquidées entre les parties » ; si on leur accordait l'action *de in rem verso*, le propriétaire, loin de s'enrichir sans cause, se trouverait, au contraire, payer deux fois les mêmes marchandises : une première fois au locataire dans le compte de reprise du fonds, une deuxième fois aux fournisseurs (21).

De nombreux auteurs (22) rejettent la possibilité d'une action *de in rem verso* contre le propriétaire, s'il ne reste aucun stock, et même si les fournitures ont été indispensables pour maintenir l'achalandage du fonds, car elles n'en ont pas augmenté la valeur.

D'autres (23), au contraire, admettent une telle action si l'exploit-

(21) Paris (11^e Ch.), 10 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.951, sous-note b.

(22) COHEN, p. 626; DUPRÉ, *op. cit.* *Journal des Notaires* 1936, p. 770; H. ROUSSEAU, S. 1939.1.9.

(23) COMPIN: *Journal des Notaires* 1931, p. 312.

tation n'a été possible que grâce aux marchandises fournies, et si grâce à elles le fonds a pu être conservé et en a directement profité. C'est l'opinion adoptée par le Tribunal de Commerce de la Seine, chaque fois qu'il a eu à se prononcer. Un jugement du 29 octobre 1927 (24) se fonde sur ce que les marchandises litigieuses ont été un élément du prix de reprise pour déclarer recevable l'action *de in rem verso*.

Voici les termes de cette décision : « ...Attendu qu'au surplus Salaun (le propriétaire), ayant repris le fonds confié en gérance (location) au sieur Gicquel, et les marchandises en magasin ou entrées en compte ayant été un des éléments du prix de reprise des inventaires intervenus et des sommes entre eux liquidées, il serait contraire à la plus simple équité d'admettre que les marchandises non payées aux demandeurs deviennent pour Salaun sans aucune contre-partie de sa part, la source d'un enrichissement sans cause. »

Le propriétaire d'un fonds de commerce est tenu du paiement des marchandises commandées par le locataire, et qui ont profité au fonds (25) : « Les marchandises livrées ont en fait servi à assurer l'exploitation normale du fonds, permettant au locataire de faire des affaires sur lesquelles devaient être prélevés les bénéfices revenant au propriétaire. »

Les mêmes termes sont reproduits dans la décision de ce tribunal du 20 juin 1932 (26). Il faut reconnaître que, lorsque le contrat prévoit une participation aux bénéfices, ou mieux encore un prélèvement sur le chiffre d'affaires, le propriétaire profite directement des marchandises livrées. Mais les créanciers ne pourraient pas actionner éventuellement le propriétaire pour une somme supérieure à la participation aux bénéfices ou au prélèvement sur le chiffre d'affaires ; d'autre part, le fait pour le propriétaire d'avoir perçu ses loyers ne peut pas le rendre responsable des opérations commer-

(24) *Seine Comm.* 29 oct. 1927; *Gaz. Pal.* 1928.2.401, sous-note c.

(25) *Seine Comm.* 3 mai 1929; *Gaz. Pal.* 11 fév. 1930; *Rev. Trim.* 1932, p. 1190, commentaire DEMOGUE.

(26) *Seine Comm.* 20 juin 1932; *Gaz. Pal.* 1932.2.960, sous-note b.

ciales de son locataire (27). La Cour de Cassation (Ch. Civ.) (28) avait jugé que le propriétaire percevant la récolte ou le fermage dû en vertu du bail à métayage ou à ferme ne pouvait être considéré comme s'étant enrichi sans cause aux dépens des ouvriers qui avaient travaillé à la récolte.

L'enrichissement n'est pas sans cause, puisqu'il a été prévu par le contrat de location.

SECTION III

Le contrat de location, juste cause d'enrichissement

C'est tout le problème des rapports de l'enrichissement sans cause, et de la relativité des conventions qui se pose à nouveau. Avant de l'étudier, nous examinerons les décisions rendues par la jurisprudence en matière de bail de fonds de commerce, ou dans des hypothèses semblables, et nous en ferons la critique.

Les clauses du contrat de location relatives à l'irresponsabilité pécuniaire du propriétaire au regard des engagements souscrits par le locataire sont-elles opposables au fournisseur qui a effectué des travaux, et livré des fournitures, en vue de l'agencement du fonds de commerce, et sont-elles une juste cause de l'enrichissement du propriétaire ? La Cour de Paris (1) (8° ch.) a répondu négativement et elle a rejeté en même temps le moyen invoqué par le propriétaire, et tiré de l'absence de tout lien de droit entre lui et le fournisseur. Nous démontrerons, par le développement qui suivra, que cette solution est contraire à la théorie générale de l'enrichissement sans cause.

La Cour de Cassation (Ch. des Req.) a eu à juger, le 22 février 1939 (2), sur pourvoi d'un arrêt de la Cour de Paris (11° ch.) du 25 novembre 1935 (3), l'espèce suivante :

(27) En ce sens Paris (11° Ch.), 7 juin 1930; *Gaz. Pal.* 1932.1.958.

(28) Civ. 18 octobre 1898. D.P. 1899.1.105.

(1) Paris (8° Ch.), 25 mars 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.133.

(2) Req. 22 février 1939. D.P. 1940.1.5.

(3) Paris (11° Ch.), 25 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.219.

Les époux Tissier avaient donné en location aux époux Fourraut un bateau-lavoir dont ils étaient propriétaires ; ce bateau coula et ne put être renfloué que plusieurs mois après ; tout le matériel qu'il contenait fut gravement endommagé et dut être remplacé par des machines neuves. Pour ce faire, Fourraut s'adressa à la Société Lartaut et Pol, qui fournit et installa sur le bateau-lavoir des machines à laver et desessoreuses neuves, une machine à vapeur d'occasion remise en état, fournit enfin et installa toute la tuyauterie nécessaire. Mais, aux termes du contrat de location, Fourraut devait rendre aux époux Tissier en bon état les ustensiles, matériel et objets mobiliers garnissant le bateau-lavoir, et dont inventaire avait été dressé et annexé à l'acte.

En fait, les époux Tissier, en reprenant possession de leur fonds, retrouvèrent, à peu de chose près, les mêmes machines que celles qui garnissaient leur bateau-lavoir au moment de sa mise en location.

La Cour de Paris reconnaît que les machines de remplacement fournies par la société se sont trouvées être moins usagées que celles comprises à l'inventaire du début de la location, mais l'enrichissement qui a pu en résulter pour les époux Tissier apparaissait, en définitive, pour la Cour de Paris, comme difficilement appréciable en argent. Cette dernière juridiction n'avait pas remarqué que l'enrichissement trouvait sa cause dans les stipulations du bail, ce qui aurait été conforme à la jurisprudence antérieure. Elle s'est servie d'autres motifs pour écarter l'action *de in rem verso*.

La Cour de Cassation a souligné que Fourraut avait fait réparer et remplacer le matériel et le mobilier du bateau-lavoir parce qu'il était tenu, aux termes de son bail, de rendre en bon état les objets loués, dont inventaire avait été dressé ; et la Cour de Cassation a jugé que l'entrée de la valeur de remplacement dans le patrimoine de Tissier avait sa juste cause dans l'exécution par Fourraut de ses obligations de locataire. Ceci laisse supposer que ce n'était pas à la suite d'un événement fortuit et imprévisible que le bateau-lavoir avait coulé, sinon la perte aurait été pour le propriétaire.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation (Ch. Civ.), le 28 février 1939 (4), il s'agissait d'une fourniture de lingerie. Le contrat de bail contenait une clause suivant laquelle le matériel devait s'incorporer au fonds et à la fin de la location être remis complet et en bon état à la société propriétaire. La Cour d'Appel avait admis que le propriétaire du fonds était tenu, à raison de l'enrichissement qui lui avait été procuré pour ce motif que la lingerie fournie avait permis de compléter et d'augmenter le matériel du fonds.

La Cour de Cassation (Ch. Civ.) a cassé l'arrêt attaqué, car il ne s'était pas expliqué sur les raisons de fait ou de droit qui auraient pu permettre de ne pas appliquer les stipulations du contrat, le contrat constitue une juste cause d'enrichissement : « Attendu qu'il n'y a pas enrichissement sans cause lorsque l'enrichissement puise sa source dans un acte qui le légitime. »

Donc, il résulte de ces deux arrêts qu'une action *de in rem verso* intentée contre le propriétaire échouera, même si on retrouve dans les éléments matériels du fonds les fournitures faites, toutes les fois qu'en vertu, soit des stipulations du contrat de location, soit des droits conférés par la loi comme suite au contrat, le propriétaire pourra les conserver.

Ainsi, il suffit qu'il y ait dans le contrat une clause attribuant au propriétaire le matériel ou les marchandises pour que l'enrichissement trouve une cause légitime dans l'application de cette clause du contrat.

Il semble que la Cour de Cassation se montre ainsi moins favorable à l'admission de l'enrichissement sans cause qu'elle ne l'avait été dans sa célèbre décision du 15 juin 1892 (5). Des auteurs (6) s'étaient fondés sur ce dernier arrêt pour accepter par analogie le principe de l'action *de in rem verso* contre le propriétaire du fonds.

(4) Civ. 28 février 1939. D.P. 1940.1.5.

(5) Req. 15 juin 1892. D.P. 92.1.596, S. 93.1.281, note LABBÉ.

(6) GUILHOT: *Sem. Jur.* 1931.261; DESSERTAUX: « Examen de jurisprudence » (*Rev. Crit.* 1939, p. 393).

Aussi, l'un d'entre eux (7) s'étonne-t-il de « l'esprit rétrograde » de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 février 1939, qui serait une manifestation de la tendance jurisprudentielle à appliquer très restrictivement la notion d'enrichissement sans cause : il n'y aurait aucune « différence palpable » avec l'arrêt du 15 juin 1892. Cet auteur admet, cependant, que la portée de la décision qu'il critique est quelque peu affaiblie par les questions de fait et de procédure qui ont joué un rôle important.

Il se serait produit un changement dans la jurisprudence ; après avoir admis qu'un contrat ne pouvait pas être une juste cause d'enrichissement, elle aurait adopté une thèse opposée consacrée dans les arrêts des 22 et 28 février 1939 (8).

M. Ripert (9) justifie ces décisions de la manière suivante : la cause n'est pas la contre-partie fournie à celui qui a procuré l'enrichissement, c'est le droit de conserver l'enrichissement en vertu d'une stipulation du contrat ; comment concilier cette conception avec le principe de la relativité des conventions ? C'est que toute stipulation contractuelle suppose une contre-partie ; elle peut consister dans une réduction du prix de location ou dans une livraison au locataire de toutes les marchandises existant au commencement de la location. Le plus souvent, cette contre-partie n'est pas désignée expressément dans le contrat, mais le propriétaire doit être présumé l'avoir fournie. Il ne saurait être considéré comme enrichi sans cause aux dépens du fournisseur, s'il a eu le soin de stipuler à l'avance du locataire que les fournitures lui seraient acquises.

La Cour de Cassation (Ch. des Req.), dans son arrêt du 15 juin 1892 (10), avait admis, semble-t-il, que le droit du propriétaire n'était pas opposable au fournisseur d'engrais. Cette solution s'explique par les circonstances particulières de la cause, le propriétaire n'avait aucun droit à la récolte qui constituait l'enrichissement ; elle lui avait été attribuée à titre de dation en paiement, déduction faite de

(7) DESSETEAUX, *op. et loc. cit.*

(8) Voir H. et L. MAZEAUD : *Revue Trimestrielle* 1939, p. 770.

(9) RIPERT, note D.P. 1940.15. Dans le même sens J. LACAT : *Sem. Jur.* 1939, n° 1133.

(10) Req. 15 juin 1892, précité.

la valeur des engrais. Si la Cour de Cassation a autorisé le marchand d'engrais à agir contre le propriétaire du fermier qui avait commandé les engrais, c'est parce que le propriétaire a profité des récoltes que les experts avaient estimées, déduction faite des engrais. Si la valeur de la récolte est de dix, celle des engrais de deux, le propriétaire reçoit une valeur de huit, et s'il ne payait pas le marchand d'engrais, il s'enrichirait injustement d'une valeur de deux (11).

Une autre décision, rendue par le Tribunal régional supérieur de Darmstadt, le 20 avril 1895 (12), semble, à première vue, favoriser l'action du créancier du locataire de fonds contre le propriétaire ; elle se rapporte directement à notre sujet, puisqu'il y avait location d'un fonds de commerce, en l'espèce un établissement de bains. Le fait que cette décision ait été rendue par une juridiction étrangère en diminue quelque peu la portée, mais n'empêche pas de la retenir comme élément d'une discussion, d'autant plus que le Tribunal de Darmstadt a spécifié qu'il se référerait au droit français. Un menuisier avait fait des travaux urgents à un établissement de bains, travaux commandés par le locataire et exécutés pour le compte de ce dernier ; le menuisier réclame ensuite au propriétaire le paiement de ce qui lui était dû, le locataire étant devenu insolvable.

Le propriétaire a certainement opposé le contrat qui le liait au locataire, car il est dit, dans cette décision, « qu'il n'y a pas à s'arrêter à cette circonstance, que... la fille de l'ancienne locataire a commandé elle-même les travaux... pour le compte personnel de sa mère. En effet, il est possible que le demandeur n'ait pas connu les rapports contractuels existant entre l'auteur des appelants (le propriétaire) et l'ancienne locataire, en ce qui concerne l'établissement de bains ».

Le Tribunal de Darmstadt a jugé que l'action *de in rem verso* était recevable, car les impenses qu'a fait l'intimé ont eu pour résultat de conserver le bien du propriétaire, ou l'ont préservé, tout au moins, d'une perte partielle, la recevabilité d'une telle action

(11) Voir PLANIOL et RIPERT, t. VII. « Obligations » par P. ESMEIN, n° 759.

(12) Trib. régional supérieur Darmstadt, 20 avril 1895. D. P. 1897.2.332. Voir en outre sur cette décision ROUAST : *Revue Trimestrielle* 1922, p. 67.

n'étant subordonnée qu'à une seule condition, c'est que le maître ait profité du fait d'un tiers.

Cette espèce est voisine de celle jugée par l'arrêt de la Cour de Cassation (Ch. des Req.) du 22 février 1939 (13). Les solutions sont totalement différentes, mais peuvent toutes deux prendre place dans le cadre de la théorie de l'enrichissement sans cause. Il semble, bien que le Tribunal de Darmstadt ne se soit pas clairement exprimé à ce sujet, que les réparations effectuées avaient le caractère de grosses réparations ; on retrouve, en effet, à plusieurs reprises, l'expression « d'impenses nécessaires » ; les réparations, dit cette décision, ont « préservé d'une perte partielle » l'établissement de bains. Le contrat de location ne donnait pas au propriétaire le droit de conserver de telles réparations ou impenses sans indemnité, car elles étaient à sa charge. C'est pourquoi cette décision est justifiée.

De nombreuses décisions laissent prévoir la solution adoptée par la Cour de Cassation, les 22 et 28 février 1939.

L'entrepreneur qui exécute dans un immeuble des travaux sur l'ordre et pour le compte d'un locataire n'a, en cas d'insolvabilité de ce dernier, aucun recours contre le propriétaire, si celui-ci s'est réservé par son bail le droit de profiter sans indemnité de tous les travaux exécutés par son locataire, alors d'ailleurs qu'il n'y a aucune collusion entre le propriétaire et le locataire dans le but de frustrer l'entrepreneur ; et, en pareil cas, l'entrepreneur ne peut se prévaloir de l'action *de in rem verso*, puisque le propriétaire ne s'enrichit pas au détriment d'autrui quand il profite d'avantages résultant d'une clause licite de son bail (14).

(13) Req. 22 février 1939, précité.

(14) Paris (2^e Ch.), 26 juin 1899. D. P. 1900.2.154.

L'annotateur de cet arrêt fait remarquer que la Chambre des requêtes dans un arrêt du 16 juillet 1890 (D. P. 1891.1.49, note PLANIOL) avait admis l'action *de in rem verso* dans une espèce où le propriétaire s'était enrichi de constructions élevées sur le terrain loué ; il avait cependant stipulé dans son bail que ces constructions lui resteraient sans indemnité au cas où le locataire n'userait pas, dans le délai convenu, de la faculté d'acquérir le terrain. Mais le propriétaire avait encouru la déchéance du bénéfice de cette clause en mettant par sa faute le locataire dans l'impossibilité de réaliser l'achat.

Voir PICARD : « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine » (*Revue Trimestrielle* 1921, p. 465).

Même si le propriétaire avait été enrichi directement par le fait du sous-fermier, il aurait le droit de conserver la plus-value procurée à sa propriété, parce qu'il était créancier du fermier des fermages non payés pour une somme supérieure au montant des impenses faites (15). M. Ripert, en commentant cet arrêt, en approuve les termes, car en l'espèce la personne enrichie avait le droit de refuser la restitution des impenses faites ; il critique, toutefois, l'expression traditionnelle d'enrichissement sans cause, qui indique une condition négative dans l'exercice de l'action *de in rem verso* ; l'emploi du mot cause n'est pas heureux ; il devrait être réservé aux obligations contractuelles ; il vaudrait mieux dire enrichissement sans droit. Le droit de créance du propriétaire est opposable aux tiers comme il le serait au débiteur lui-même.

Il était soumis à la Cour de Cassation (Ch. des Req.), le 12 février 1923 (16), le cas suivant : Un entrepreneur avait exécuté des travaux de construction et d'embellissement dans un immeuble pour le compte du locataire ; le propriétaire avait le droit de profiter, à la fin du bail, sans aucune indemnité, de tous les embellissements, améliorations et surélévations que pouvait faire le locataire.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel avait repoussé, pour cette raison, l'action *de in rem verso* dirigée contre le propriétaire. Le pourvoi invoquait une violation de l'article 1165 C. Civ. La Chambre des Requêtes a rejeté ce pourvoi, car le propriétaire profitait des travaux en vertu du bail, et l'enrichissement qui se trouvait à la base de l'action *de in rem verso* avait ainsi une cause légitime.

Ceci nous conduit à étudier le problème des rapports de la relativité des conventions et de l'enrichissement sans cause. Ce problème se présente sous un double aspect :

1° C'est un contrat étranger au propriétaire qui est la source de son enrichissement. Le fournisseur, en exerçant l'action *de in rem verso*, ne prétend-il pas faire jouer, à l'égard du propriétaire, un contrat qui est pour ce dernier *res inter alios acta* ?

(15) Civ. 23 nov. 1908. D.P. 1912.1.217, note RIPERT ; S. 1910.1.425.

(16) Req. 12 février 1923. D.P. 1923.1.64.

2° Le propriétaire du fonds ne déroge-t-il pas au principe de la relativité des conventions, lorsqu'il oppose aux fournisseurs du locataire le contrat de bail comme obstacle à son indemnisation ? Le droit de conserver l'enrichissement est-il opposable à ceux qui ne doivent rien ?

Les décisions que nous avons citées plus haut sont des manifestations de l'attitude actuelle de la jurisprudence en face de ce double problème, mais ce n'est pas cette attitude qu'elle avait adoptée dès le début (17). De 1830 à 1890, elle a repoussé l'action *de in rem verso* comme contraire à l'article 1165. Une deuxième phase a eu lieu, pendant laquelle la jurisprudence a accepté de sanctionner des cas d'enrichissement injuste, mais en les recouvrant du masque de la gestion d'affaires.

Enfin, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 juin 1892 (18) marque le début de la troisième phase pendant laquelle la jurisprudence va organiser l'action *de in rem verso* qu'elle a reconnue. Cet arrêt a, d'une part, dégagé l'action *de in rem verso* des institutions juridiques existantes, en en faisant une action indépendante, fondée sur l'équité, et en reconnaissant à la charge de l'enrichi sans cause une obligation légale d'indemnisation envers l'appauvri ; d'autre part, elle a parfaitement situé l'action *de in rem verso* vis-à-vis de l'article 1165 C. Civ. L'article 1165 C. Civ. est étranger au domaine de l'action *de in rem verso*.

« Attendu que, s'il est de principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent pas aux tiers, il est certain que ce principe n'a pas été méconnu par le jugement attaqué ; en effet, cette décision n'a point admis, comme le prétend le pourvoi, que le demandeur pouvait être obligé envers les défendeurs éventuels, à raison du profit personnel et direct que ce même demandeur aurait retiré de l'emploi de ces engrais sur ses propres terres dans des circonstances déterminées. »

(17) Sur l'évolution de cette jurisprudence, V. S. CALASTRENG. Thèse précitée p. 284 et s.

(18) Req. 15 juin 1892. D. 92.1.596 ; S. 93.1.281, note LABBÉ.

M. Labbé (19) a précisé, d'une façon remarquable, la portée de cette solution : « On arrivera aisément à distinguer deux effets parallèles, mais non identiques, résultant de causes distinctes : l'un, effet du principe respecté, la vertu du contrat avec son corollaire *res inter alios acta* ; l'autre, effet d'un enrichissement qui n'a rien de commun avec le contrat. La diffusion de l'engrais sur la terre produit un autre résultat ; l'enrichissement de la terre, une plus-value réelle, dont le propriétaire aurait injustement le profit sans bourse délier. Ce fait nouveau crée une obligation différente au profit du fournisseur de l'engrais, à l'encontre du propriétaire du sol, ayant pour objet non une somme convenue à l'avance, mais une somme à évaluer qui sera ou plus forte ou moins forte que le prix convenu de l'engrais. La difficulté d'une estimation exacte de la plus-value fera le plus souvent, et *grosso modo*, fixer comme chiffre de l'*in rem versum* le prix commercial de l'engrais. Mais, en réalité, il y a deux dettes, l'article 1165 n'est nullement violé, les deux dettes diffèrent par leurs causes, leurs objets, les personnes entre qui elles existent. »

Le créancier n'essaie pas de faire jouer à l'égard d'un tiers, le propriétaire, les effets d'un contrat auquel celui-ci n'a pas été partie ; il demande seulement d'être indemnisé par celui qui profite de son appauvrissement, et il demande de retenir le contrat comme base d'évaluation. Si quelquefois la jurisprudence a retenu le contrat invoqué par le créancier, c'est parce que ce contrat était le meilleur indice de la limitation de l'indemnité due, et le juge condamnera l'enrichi à payer une somme égale à celle qui y est fixée ; il n'étend pas à l'enrichi les effets d'un contrat, d'autant plus que l'enrichi a le droit d'exiger une évaluation par experts. Il y aurait extension des effets d'un contrat au propriétaire, si celui-ci était condamné, par exemple, à poursuivre les réparations engagées par le locataire, ou encore à prendre livraison des marchandises commandées par celui-ci. Mais jamais le propriétaire n'a encouru de telles condamnations. Par conséquent, sur ce point, la question est tranchée, le contrat passé par le locataire et son créancier ne produit pas ses effets contre le propriétaire. Il n'y a pas dérogation à l'article 1165.

(19) LABBÉ, note précitée.

Le propriétaire d'un fonds a imposé au locataire l'engagement de ne pas lui réclamer l'augmentation de valeur du matériel nouveau, le prix des marchandises en magasin ou des réparations effectuées. Le juge ne met pas cette convention à la charge du créancier du locataire, car, comme l'écrit Mlle S. Calastreng (20), « ...si automatiquement le juge mettait cette obligation à la charge de l'entrepreneur, il y aurait, certes, extension des effets d'un contrat à un tiers et flagrante dérogation à la relativité des conventions. Mais ce n'est pas cette conduite que préconise la doctrine, et ce n'est d'ailleurs pas celle de la jurisprudence. Le juge, parmi les autres conditions, exige pour la recevabilité de l'action *de in rem verso* que l'enrichissement ne soit pas justifié par une juste cause. Par suite, si le demandeur puise dans un contrat la preuve de son droit à garder l'enrichissement, le juge ne l'inquiétera plus et obligera le demandeur tiers au contrat à ne plus réclamer l'indemnisation. »

Le contrat qu'oppose l'enrichi est pour celui-ci un fait justificatif de son enrichissement. Ici non plus il n'y a pas dérogation à l'article 1165.

« L'entrepreneur n'est tenu que de respecter la convention passée légitimement entre propriétaire et locataire, c'est-à-dire qu'il est obligé de croire à la vérité de son contenu, et notamment qu'il y a ou non juste cause à l'enrichissement du propriétaire. On ne peut pas soutenir que le contrat est étendu à un tiers, l'entrepreneur. Le locataire peut rester tenu d'obligations contractuelles sans que l'entrepreneur soit soumis à de semblables engagements. » (21).

Deux auteurs (22) seulement n'adoptent pas cette explication des rapports de l'article 1165 C. Civ. et de l'action *de in rem verso*. Selon ces deux auteurs, l'action *de in rem verso* s'appuie sur un fait, mais sans contrat ce fait n'aurait pas existé, et l'action *de in rem verso* non plus ; aussi, concluent-ils, c'est le contrat qui est la source de

(20) S. CALASTRENG. Thèse précitée, p. 282.

(21) S. CALASTRENG. Thèse précitée, p. 283.

(22) BARTIN: Cf. AUBRY et RAU (5^{me} édit.) par BARTIN, t. IX, note decies, p. 360. — POPESCO: *La règle « res inter alios acta » et ses limites en droit moderne*, Thèse, Paris 1934, p. 407 et 408.

cette obligation incombant au tiers enrichi, et il y a ainsi violation de l'article 1165.

Mlle S. Calastreng (23) souligne la faiblesse de cette argumentation et la réfute avec esprit : « C'est peut-être un raisonnement qui impressionne au premier abord tant il va agilement de conséquences à causes, mais il reste dépourvu d'efficacité. Pourquoi, en effet, s'arrêter en chemin et ne pas remonter du contrat à la cause du contrat et à la cause de la cause ? Il est possible que nous arrivions à d'originales conclusions, à celle-ci par exemple : que sans la venue de l'homme sur la terre il n'y aurait pas eu d'obligation à la charge de l'enrichi, que c'est donc notre Créateur qui est la source lointaine, mais évidente de l'action *de in rem verso*... MM. Bartin et Popesco devraient dire que l'enrichissement étant né d'un vol commis par autrui, l'action *de in rem verso* qui le sanctionne étend à un tiers les conséquences d'un délit qu'il n'a pas commis. »

La doctrine admet que le fait pour l'enrichi d'opposer un contrat pour conserver son enrichissement n'est nullement une dérogation à l'article 1165 C. Civ. L'enrichi peut opposer au demandeur un contrat qui lui donne le droit de conserver l'enrichissement, c'est la doctrine de « l'opposabilité à tous du droit défini » (24) ; ainsi, un propriétaire peut profiter des améliorations et constructions faites sur son bien, s'il a stipulé dans le contrat de bail qu'elles devaient lui revenir sans indemnité. Cette solution se justifie moralement parce qu'une telle clause suppose pratiquement un sacrifice équivalent consenti par le propriétaire, et elle entre en ligne de compte pour établir le prix du loyer.

Ce n'est pas le contrat par lui-même qui justifie l'enrichissement, c'est parce que ce contrat suppose une contre-partie (25).

(23) S. CALASTRENG. Thèse précitée, p. 298.

(24) RIPERT et TESSEIRE : « Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause », (*Revue Trimestrielle* 1904, p. 794).

(25) Voir ROUAST : « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile ». (*Revue Trimestrielle* 1922, p. 76).

D'autres auteurs font la distinction entre le contrat créant des obligations et le contrat créant une situation de fait ; sous son deuxième aspect, le contrat est opposable à tous.

« L'existence de la cause justifiant l'enrichissement peut être opposée non seulement au cocontractant, mais aussi aux tiers. L'article 1165 C. Civ. ne met pas obstacle à ce qu'un contrat soit ainsi invoqué contre une personne qui n'y a pas été partie. Ce texte signifie qu'on ne peut rendre un tiers débiteur ou lui enlever directement un droit. » (26).

De même MM. Colin et Capitant (27) précisent le sens exact du principe de la relativité des conventions : « L'objection consistant à soutenir que le contrat passé par l'*accipiens* enrichi avec l'intermédiaire est inopposable au *solvens* non payé, comme étant à son égard *res inter alios acta*, peut-être rejetée, car la règle de la *res inter alios acta* ne s'applique aux contrats qu'en tant qu'ils engendrent des obligations. Or, le contrat n'est ici invoqué que comme un fait d'où il résulte que l'enrichissement n'a pas été obtenu irrégulièrement... Il faut que l'enrichissement ne puise pas sa source dans un acte juridique qui en légitime l'acquisition. » (28).

Ainsi, l'action *de in rem verso* dirigée contre le propriétaire échouera si elle est fondée sur l'un des trois motifs suivants :

1° Le créancier du locataire soutient que, par ses fournitures, il a contribué à augmenter la clientèle du fonds ;

2° Il soutient que les marchandises livrées ont assuré la bonne marche de l'exploitation et ont permis au propriétaire de toucher ses loyers ou son pourcentage sur les bénéfices ;

3° Il veut se faire indemniser pour des travaux ou des fournitures qui doivent, d'après le contrat, revenir au propriétaire en fin de bail.

(26) PLANIOL et RIPERT, t. VII, par ESMEIN, n° 759.

(27) COLIN et CAPITANT (8^{me} édit.), t. II, n° 240.

(28) La Cour de Cassation (Ch. civ.) emploie à peu près les termes de cette dernière phrase dans son arrêt du 28 février 1939.

Les hypothèses, laissées au champ de l'action *de in rem verso* apparaissent donc comme très restreintes. Aussi, cette action aura-t-elle pratiquement peu de chance de succès.

Une action fondée sur la gestion d'affaires sera-t-elle plus heureuse ? M. Picard (29) donne de la gestion d'affaires la formule suivante : « Il y a acte de gestion de nature à mettre en mouvement la sanction de l'article 1375 C. Civ. toutes les fois qu'un tiers s'est immiscé utilement dans les affaires d'autrui sans obéir à une pensée purement égoïste et sans opposition légitime de la part du maître de l'affaire. »

Dans une espèce jugée par la Cour de Paris (3^e ch.), le 15 mars 1935 (30), le fournisseur du locataire d'un fonds poursuivait la masse des créanciers du propriétaire sur un tel fondement. Le propriétaire était en faillite au moment où le locataire avait été nommé ; la Cour de Paris (3^e ch.) a refusé de reconnaître au fournisseur la qualité de créancier à l'égard du failli. A l'appui de sa demande, le fournisseur invoquait que le locataire avait pu continuer le commerce grâce aux marchandises qu'il lui avait fournies. L'interruption de ce commerce, prétendait-il, aurait fait perdre toute valeur au fonds. La jurisprudence et la doctrine admettent que la masse peut être constituée débitrice à raison d'une gestion d'affaires (31). Cependant, la Cour a rejeté cette demande, en raison des circonstances de fait qui l'entouraient.

Dans une espèce voisine, à propos de travaux effectués dans un immeuble, la même Cour avait précisé les conditions d'exercice de l'action de gestion d'affaires, et avait jugé que l'entrepreneur ne

(29) PICARD, *op. cit.* *Revue Trimestrielle* 1922, p. 23.

(30) Paris (3^e Ch.), 15 mars 1935. S. 1936.237 et la note.

(31) Civ. 12 fév. 1888. S. 1890.1535; THALLER et PERCEROU: *Des Faillites*, t. II, n^o 1159 bis; LYON-CAEN et RENAULT: *Traité de dr. comm.* (5^{me} édit.), par AMIAUD, t. VII, n^o 559 bis.

peut pas invoquer contre le propriétaire un quasi-contrat intervenu entre lui et le locataire auquel seul il a fait confiance (32).

Pour pouvoir intenter une action en gestion d'affaires, il faut avoir agi dans l'intention de gérer l'affaire du propriétaire ; de plus, aux termes de l'article 1370 C. Civ., il ne se forme de quasi-contrat qu'en l'absence de convention, et spécialement il n'y a de gestion d'affaires qu'autant que le gérant gère l'affaire d'autrui en l'absence de toute convention (33).

Dans cette dernière espèce, l'entrepreneur n'aurait pas pu prétendre davantage que le locataire avait en réalité géré l'affaire du propriétaire, et que lui, l'entrepreneur, avait acquis une action directe contre le propriétaire.

Une action fondée sur la gestion d'affaires présenterait du danger pour le propriétaire, car le maître est tenu envers les tiers *in infinitum*, à la condition, bien entendu, que la gestion ait été utile ou qu'elle ait été ratifiée. L'étendue de l'obligation du maître de l'affaire envers les tiers est sans rapport avec le profit qu'il a retiré de la gestion ; il est tenu sans limite comme au cas de mandat. Il n'en est pas de même pour l'action *de in rem verso*, qui par définition se limite à l'enrichissement procuré, puisque c'est cet enrichissement qui lui sert de base.

L'action de gestion d'affaires dirigée contre le propriétaire du fonds de commerce ne nous paraît pas devoir mieux réussir que l'action *de in rem verso*.

(32) Paris (2^e Ch.), 26 juin 1899. D. P. 1900.2.154.

(33) JOSSELAND (3^{me} édit.), t. II, p. 880, n^o 1441.

CHAPITRE II

ACTION FONDÉE SUR UNE FAUTE DU PROPRIÉTAIRE

Les créanciers du locataire ont essayé de se faire rembourser par le propriétaire leurs créances non payées, en intentant contre ce dernier une action en responsabilité délictuelle, sous prétexte qu'il n'avait pas procédé à une publicité du contrat de location ou que la publicité effectuée était insuffisante.

M. J.-Ch. Laurent (1), partant de cette idée que toute mesure de publicité a pour but principal, sinon unique, d'informer les tiers, formule la règle suivante :

« Lorsqu'une formalité de publicité est légalement exigée, si en fait elle n'est pas accomplie, il se crée une situation apparente. » Dans le développement qui va suivre, nous chercherons si la publicité du contrat de location est légalement exigée et si le défaut de publicité entraînant la création d'une apparence constitue une faute.

SECTION I

Sources de la publicité

§ 1. — *La loi et la publicité du contrat de location*

Le législateur a-t-il pris des dispositions pour rendre obligatoire la publicité du contrat de location de fonds de commerce ?

Les termes de l'article 3, alinéa 1, de la loi du 17 mars 1909 ne concernent pas la location et sont inapplicables en dehors du cas

(1) J.-CH. LAURENT: Thèse. Caen 1931, précitée, p. 102.

de mutation de la propriété même de l'ensemble des éléments essentiels qui constituent le fonds de commerce (2). L'article 3 de la loi du 17 mars 1909, modifié par celles du 31 juillet 1913 et du 22 mars 1924 ne vise que la publicité des ventes et des contrats pouvant dissimuler ces ventes, et non des locations de fonds de commerce spécialement, s'il n'apparaît en aucune manière que l'acte de location ait été destiné à dissimuler une vente (3). La publicité des locations dissimulant une vente ne saurait suffire à donner date certaine au contrat de bail, à l'égard des tiers, elle n'a d'intérêt que pour les créanciers du propriétaire qui pourront se faire payer une seconde fois le montant des redevances constituant le prix de vente. Quant aux créanciers du locataire, ils pourront, même si le contrat n'a pas été publié, saisir le fonds de commerce qui se trouve tombé dans le patrimoine de leur débiteur ; en cas de défaut de publicité, il serait excessif de leur accorder, en plus de cette action sur le fonds, une action contre l'ancien propriétaire.

En cas de location de débit de boissons, on doit procéder à un transfert de la patente ou de la licence, car les marchandises voyagent au nom de l'exploitant. Un jugement du Tribunal de Commerce de Toulouse du 3 décembre 1930 (4) jugeait que, si le propriétaire ne procède pas à ce transfert et à la modification au registre de commerce, il doit être considéré comme le seul exploitant du fonds, et le jugement ajoute : « Attendu qu'il importe pour la moralité des transactions commerciales qu'aucune équivoque ne puisse se produire, et que le propriétaire du fonds qui le confie à un locataire ne puisse lui permettre de faire des dupes en lui prêtant les apparences de la solvabilité ; qu'il a ainsi le devoir impérieux de se conformer à la loi et de faire la publicité nécessaire ; que même si cette publicité trop souvent insuffisante doit rester inconnue des tiers,

(2) Civ. 8 mars 1938. D.H. 1938.225 ; Voir CENDRIER (6^{me} édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 185 ; ESCARRA et RAULT, t. I, n° 487, p. 519.

(3) Paris (14^e Ch.), 18 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61. Dans le même sens *Saint-Etienne Comm.* 24 nov. 1932 ; *Gaz. Pal.* 1933.2.133. — Voir MONTIER et FAUCON : *De la vente et du nantissement de fonds de commerce* (4^{me} édit.), n° 586.

(4) Toulouse Comm. 3 décembre 1930 ; *Gaz. Pal.* 1931.1.355.

elle a au moins l'avantage de conférer date certaine à la convention et de prouver la bonne foi... »

Il existe, en sens contraire, une décision du Tribunal de Commerce de Saint-Etienne du 24 novembre 1932 (5) : il suffit que les tiers aient connu d'une manière quelconque cette location pour qu'ils soient déclarés sans action contre le propriétaire du fonds ; et le défaut de transfert de la patente et de la licence ne saurait engager la responsabilité du propriétaire, si la location avait été par ailleurs régulièrement déclarée à la Ville (de Saint-Etienne) et à l'Administration des Contributions indirectes ; en outre, le fournisseur était personnellement au courant de cette location, et le propriétaire n'a rien fait pour créer une équivoque sur la question de savoir à qui appartenait le fonds.

Le contrat de location doit-il être publié au Registre du Commerce ? S'il en existait un, écrivaient déjà Boutaud et Chabrol en 1905 (6), on y publierait le bail du fonds avec les autres opérations dont il peut être l'objet. Plusieurs décisions se sont fondées sur le défaut de modification au Registre du Commerce pour déclarer le propriétaire responsable.

Si le propriétaire y est resté seul inscrit, c'est une raison de plus pour présumer qu'il avait entendu rester personnellement tenu (7).

Dans une espèce jugée par le Tribunal de Commerce de Nevers (8), « il était fort difficile, sinon impossible, en consultant le Registre de Commerce, de savoir qui avait la propriété du fonds », le propriétaire actuel et un ancien locataire ayant laissé subsister leurs inscriptions et le nouveau locataire n'y ayant jamais été inscrit à ce titre ; de très bonne foi, les fournisseurs ont pu croire que ce dernier était propriétaire du fonds, alors que, prétend le jugement, il n'en était que le gérant.

(5) *Saint-Etienne Comm.* 24 novembre 1932, précité.

(6) BOUTAUD et CHABROL, n° 447.

(7) Nancy, 15 janvier 1929. *Gaz. Pal.* 1929.2.988, sous-note (a).

(8) *Nevers Comm.* 18 novembre 1931 ; *Gaz. Pal.* 1932.1.958.

La Cour de Bourges estimait que la bonne foi des fournisseurs du locataire peut être surprise, si le propriétaire inscrit au Registre du Commerce n'a pas fait connaître par des insertions la situation exacte des locataires et la responsabilité que chacune des parties contractantes entendait assumer (9).

Le propriétaire doit être tenu, s'il figure seul sur le Registre du Commerce, comme ayant qualité pour administrer ou gérer le fonds (10).

Une décision a été rendue dans le même sens sur une espèce qui ressemblait fort à la nôtre par le Tribunal de Commerce de Saint-Étienne (11). La transcription du divorce sur les registres de l'état civil, sans aucune mention au Registre du Commerce, suffit-elle à exonérer l'époux qui acquiert le fonds après liquidation de la communauté ? Le tribunal a répondu négativement : cette transcription ne pouvait pas à elle seule laisser prévoir une modification dans l'exploitation du fonds ; d'autant plus que l'inscription au Registre du Commerce ne fut modifiée qu'après la livraison des marchandises litigieuses. Au moment de la livraison, le fonds était encore dans l'indivision, et le mari l'exploitait.

Le tribunal a estimé que les fournisseurs étaient fondés à croire que le mari était devenu propriétaire du fonds, alors qu'en réalité il en était l'administrateur provisoire, au nom de la communauté qui subsistait pour les besoins de la liquidation sous forme d'association de fait. Le tribunal a jugé qu'en omettant de faire connaître la transformation survenue à la gestion du fonds, l'ex-épouse a commis une faute qui engage sa responsabilité et permet de la considérer comme solidairement responsable des fournitures faites à son ex-mari.

Si l'article 5 de la loi du 18 mars 1919 exige l'inscription au Registre du Commerce des jugements prononçant la séparation de corps ou le divorce, ce n'est pas aux époux, mais à l'autorité judi-

(9) Bourges, 12 janvier 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.951.

(10) *Seine Comm.* 20 juin 1932; *Gaz. Pal.* 1932.2.960, sous-note (b).

(11) *Saint-Étienne Comm.* 12 avril 1932; *Gaz. Pal.* 1932.1.955.

ciaire de requérir cette inscription (même article, dernier alinéa) ; et il ne semble pas certain, dès lors, que la femme, pour dégager sa responsabilité en cas de mauvaise gestion du mari, soit tenue de provoquer elle-même une mention relative à la modification apportée au caractère juridique de la gestion du fonds. Le jugement rapporté voit, dans l'omission de cette publicité, une faute de la femme. La Cour de Cassation (12) avait jugé, à cet égard, que l'omission ne peut entraîner la responsabilité qu'autant que celui auquel on l'impute a l'obligation d'accomplir le fait omis.

Nous n'approuvons pas cette jurisprudence, car le défaut de publicité au Registre du Commerce ne devrait pas suffire à engager la responsabilité du propriétaire du fonds ; c'est, d'ailleurs, la théorie admise par quelques décisions.

Le cas suivant s'était présenté devant la Cour de Rennes (13) : Le propriétaire d'un fonds avait contracté une société en participation ; il confie l'exploitation du fonds à son associé et demande ensuite son immatriculation au Registre du Commerce. La Cour a jugé que ce dernier fait était insuffisant pour retenir sa responsabilité.

Cet arrêt est parfaitement justifié, car il est admis que, seul, le gérant d'une association en participation doit se faire immatriculer au Registre du Commerce, à l'exclusion des coparticipants et de la société en participation elle-même (14) ; l'article 4 de la loi du 18 mars 1919 oblige tout commerçant à requérir son immatriculation dans le mois de l'ouverture ou de l'acquisition de son fonds de commerce ; la propriété du fonds entraîne l'obligation de s'immatriculer, pourvu que la qualité de commerçant existe chez celui sur lequel repose ce droit ; il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'il exploite lui-même ou qu'il confie l'exploitation à un mandataire.

A notre avis, dans cette espèce, il n'y avait pas mandat, l'exploitant associé était dans une certaine mesure indépendant du proprié-

(12) Civ. 24 déc. 1924. *Gaz. Pal.* 1925.1.322.

(13) Rennes, 4 nov. 1924. *Gaz. Pal.* 1925.1.217.

(14) Cf. GOMBEAUX : « Le registre du commerce » (*Annales de dr. comm.* 1921, p. 15).

taire ; d'autre part, le propriétaire n'était pas commerçant. Cet arrêt se justifie aussi parce que, suivant la théorie que nous développerons plus loin, une inscription au Registre du Commerce, même si elle est erronée, mais faite sans intention de fraude, ne constitue pas une faute susceptible d'engager la responsabilité de celui qui s'inscrit ou demeure inscrit.

La Cour de Paris (11^e ch.) refuse, le 26 janvier 1932 (15), de retenir la responsabilité du propriétaire sur le seul motif du défaut de publicité de la location au Registre du Commerce.

En première instance, sur la même espèce, le Tribunal de Commerce de Pontoise avait jugé, le 24 novembre 1928 (16), que si le propriétaire a négligé de remplir les « formalités légalement obligatoires du Registre du Commerce prescrites impérativement par la loi du 18 mars 1919 », et s'il n'a fait aucune déclaration modificative pour indiquer aux tiers que le fonds était loué, il doit toujours être considéré légalement comme l'exploitant du fonds, puisque inscrit comme tel au Registre du Commerce, les tiers ne pouvaient considérer le locataire que comme le mandataire du propriétaire.

Ce jugement accordait à tort une valeur légale à l'inscription au Registre du Commerce, valeur que le législateur a entendu expressément lui refuser. Aussi, la Cour de Paris l'a-t-elle infirmé, car, indique-t-elle, la publicité au Registre du Commerce n'a pas été prescrite par la loi du 18 mars 1919, qui, dans son article 5 (sous les numéros 4 et 8), ne vise expressément que la cession du fonds et son nantissement ; ainsi, « les déductions tirées par les premiers juges du défaut de modification apparente à l'inscription au Registre du Commerce sont dénuées en droit de base réelle ».

Quelques semaines plus tard, le 23 février 1932 (17), la même juridiction décidait qu'on ne peut reprocher au propriétaire son défaut de publicité « claire et précise », s'il avait fait mentionner au Registre

(15) Paris (11^e Ch.), 26 janvier 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.591.

(16) Trib. comm. Pontoise, 24 nov. 1928. Voir Paris (11^e Ch.), 26 janvier 1932, précité.

(17) Paris (11^e Ch.), 23 février 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note (a).

du Commerce que le fonds avait été donné en location ; il a ainsi rempli les obligations qui lui étaient imposées par la loi.

Si nous faisons état de la contradiction entre les termes de ces deux arrêts, ce n'est nullement pour les incriminer, car ils ont abouti à une solution logique : l'exonération du propriétaire. Cette contradiction est excusable, il n'est pas encore bien précisé si la location doit faire l'objet d'une publicité au Registre du Commerce.

Un point est certain : le locataire doit requérir son inscription sur ce Registre, et la déclaration qu'il souscrit est une déclaration d'immatriculation, puisqu'il acquiert la qualité de commerçant ; s'il possède déjà cette qualité, il souscrira seulement une déclaration modificative. Il devra se faire immatriculer dans le mois qui suit la signature du contrat de location ou du jour où il acquiert le droit d'exploiter le fonds pour son compte, si ces deux dates sont différentes.

Quelle est la déclaration qui incombe au propriétaire ? Est-elle une déclaration modificative telle qu'elle est prévue par l'article 5, alinéa 8, de la loi du 18 mars 1919, en cas de cession de fonds de commerce ? Le législateur a-t-il compris la location dans le terme très large de cession ? Il n'existe, à ce sujet, aucune indication dans les travaux préparatoires ; aussi, on ne peut tenir le propriétaire pour responsable de l'inobservation d'une formalité qui n'est pas explicitement prévue par la loi, d'autant plus qu'on ne peut pas assimiler juridiquement la location à la cession (18).

C'est pourquoi il est plus exact d'appliquer au propriétaire l'article 15 de la loi précitée, qui prévoit que, lorsqu'un commerçant cesse d'exploiter son commerce sans qu'il y ait cession de fonds, il y a lieu de radier l'immatriculation. Mais, si le propriétaire n'a pas procédé à cette publicité, sa responsabilité délictuelle ne saurait être engagée pour autant, et ceci pour deux raisons :

1° L'omission de ces formalités n'entraînerait que les sanctions prévues par la loi du 18 mars 1919 ; pour faire jouer la responsa-

(18) En ce sens FR. GIRAULT : *L'apparence, source de responsabilité*. Thèse, Paris 1937, p. 102 ; COHEN, p. 609 ; en sens contraire DEMONTÈS et JAUFFRET, p. 74, n° 12.

bilité délictuelle, il faudrait prouver que cette omission a été à l'origine d'un dommage pour les tiers, et que derrière elle se cachait une intention de fraude. Elle ne suffit pas à rendre le contrat inopposable aux tiers (19) ; c'est l'application des principes du droit commun (20) ;

2° Le commerçant, s'il ne procède pas à cette modification, trouve une excuse dans le fait d'avoir conservé pour le fisc et la jurisprudence la qualité de commerçant. Les tribunaux ont souvent tendance à accepter l'opinion de l'administration ; mais l'objection suivant laquelle ces décisions ont été rendues en matière fiscale ne serait pas valable, pas plus que l'argument suivant lequel on ne pourrait pas tirer de telles décisions des conséquences de portée générale, car l'importance de la fiscalité dans le domaine juridique est devenue telle qu'en négligeant les décisions qui s'y rapportent on négligerait une partie importante de tout problème juridique. De plus, l'article 15 de la loi du 18 mars 1919 ne s'applique qu'en cas de cessation d'exploitation du fonds. Or, une certaine jurisprudence considère que le bail est une façon d'exploiter le fonds.

Inversement, par la mention du contrat de bail au Registre du Commerce, et par la radiation de son immatriculation, le propriétaire devrait acquérir la certitude d'échapper à toute responsabilité envers les tiers qui ont traité avec le locataire, car sa bonne foi est établie par avance (21).

§ 2. — *Publicité prescrite par les usages sanctionnés par la jurisprudence*

La jurisprudence s'accorde à prescrire une publicité large, précise et non ambiguë, mais malgré ces adjectifs les modalités de la publicité à effectuer ne sont pas encore bien déterminées.

La publicité du contrat de location doit préciser de la façon la plus nette et la plus formelle les responsabilités que chacune des

(19) Cf. GOMBEAUX, *op. et loc. cit.*, p. 15 et p. 104.

(20) Le seul fait de laisser utiliser l'ancien numéro du registre du commerce par le locataire ne constitue pas une faute, à moins que le propriétaire n'ait laissé faire des affaires sous l'ancien nom.

(21) Voir ROUSSEAU, note S. 1934.2.172 sous Amiens, 8 mai 1934.

parties contractantes entend assumer de manière que la bonne foi des fournisseurs éventuels du fonds, objet du contrat, ne puisse être surprise (1).

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 4 mai 1933 (2) estime que les usages commerciaux subordonnent l'exonération de responsabilité du propriétaire d'un fonds non à des mesures de publicité quelconques, mais à la démonstration d'un avertissement opérant ou d'un acquiescement non équivoque. Ce même jugement fait une distinction entre les différents modes de publicité quant aux effets à leur attribuer ; des déclarations ou publications faites en dehors de toutes dispositions légales dans des journaux d'annonces légales ou des périodiques corporatifs ne constituent pas la preuve nécessaire opposable au fournisseur ; au contraire, outre l'inscription d'ailleurs obligatoire au Registre du Commerce, l'apposition d'une mention spéciale sur les bons de commande, les bulletins de réception, le papier commercial, l'envoi de circulaires recommandées aux fournisseurs habituels, établiraient la justification indiscutable que ces derniers ont traité en connaissance de cause, et qu'ils n'ont pas pu être trompés sur le rôle joué par le locataire.

Parmi les mesures de publicité envisagées, la Cour de Paris (3) cite l'avertissement individuel aux fournisseurs attirés et une inscription apparente dans les locaux utilisés pour l'exploitation du fonds.

A. — *Force obligatoire :*

Les usages ont-ils force obligatoire ? Autrement dit, le propriétaire du fonds encourt-il une responsabilité, s'il ne procède pas à cette publicité ? Les usages commerciaux, qui ont force de loi, subordonnent l'exonération du propriétaire de fonds de commerce à des mesures de publicité suffisamment larges pour être efficaces (4).

(1) *Le Havre Comm.* 14 décembre 1925 ; *Gaz. Pal.* 1926.1.311.

(2) *Seine Comm.* 4 mai 1933 ; *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

(3) Paris (3^e Ch.), 15 mars 1935. *Revue des fonds de commerce* 1935, n^o 6. S. 1936.2.37.

(4) Paris (7^e Ch.), 21 avril 1932. *Gaz. Trib.* 16 juin 1932.

Le fait d'avoir procédé à une seule insertion dans un journal d'annonces légales, et de n'avoir apporté aucune modification aux mentions figurant au Registre du Commerce, sans entraîner cependant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du propriétaire, constitue une raison de plus d'admettre l'action *de in rem verso* dirigée contre lui ; cette publicité était insuffisante et incomplète et n'était pas de nature à renseigner les tiers sur la qualité de celui avec lequel ils traitaient (5).

De nombreux auteurs admettent aussi la force obligatoire de ces usages (6) ; le propriétaire qui ne s'y soumettrait pas commettrait une faute et deviendrait responsable envers les tiers, en vertu de l'article 1382 C. Civ. ; il serait tenu du paiement des dettes de son locataire à titre de dommages-intérêts.

Pour admettre cette solution, on invoque comme précédent l'usage relatif à la vente des fonds de commerce et existant avant la loi du 17 mars 1909. Cet argument n'a pas grande valeur, car la force obligatoire et la valeur juridique de cet usage étaient discutées (7).

Un premier système lui déniait toute force obligatoire et donnait à l'acquéreur le droit de se libérer immédiatement de son prix sans avoir à se préoccuper si la vente avait été ou non publiée (8).

Un deuxième système reconnaissait aux parties la faculté d'y déroger, car un usage puise sa force uniquement dans la volonté des parties, mais si elles s'y étaient conformées en procédant à la publication, il considérait comme non avenue tout paiement fait au détriment des créanciers avant l'expiration du délai (9).

(5) Paris (8^e Ch.), 25 mars 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

(6) CENDRIER (6^{me} édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n^o 634 ; COMPIN : *Journal des Notaires* 1936, p. 312 ; COHEN, p. 609 ; RIVAL : *Semaine Jurid.* 1939, n^o 89.

(7) Cf. THIBAUT : *Vente et nantissement de fonds de commerce*, p. 50 ; MONTIER et FAUCON (4^{me} édit.), n^o 571.

(8) Paris (3^e Ch.), 18 février 1882. S. 83.2.91 ; Bordeaux, 27 août 1883, S. 84.2.96.

(9) Paris (4^e Ch.), 29 avril 1897. D. 98.2.37 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. III, n^o 251 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAINAT : *Vente*, n^o 498.

La controverse qui se trouvait à la base de cette pratique en restreignait l'efficacité, et pourtant la publicité de la vente présentait beaucoup plus d'importance que celle de la location.

Un arrêt de la Cour de Grenoble (10) refuse à l'usage une force obligatoire : il reconnaît que la situation créée par le bail du fonds peut comporter, au regard des tiers, une certaine part d'équivoque ; il y a donc quelque inconvénient à ce que la qualité juridique de l'exploitant, propriétaire, locataire ou gérant ne soit pas soumise à une publicité aussi adéquate que possible, par exemple par une mention obligatoire au Registre du Commerce ; cette situation quelque peu incertaine amène les juges à rechercher et à apprécier avec rigueur toute circonstance de fait tendant à établir une dissimulation volontaire ou un concert plus ou moins dolosif des parties. Mais la Cour n'a pas retenu la responsabilité délictuelle du propriétaire, parce que la fraude ne se présume pas et aucun fait de cet ordre n'était rapporté, ni même articulé contre lui.

Pour que les usages commerciaux aient force obligatoire (11), ils doivent être :

1° Constants, c'est-à-dire appliqués, sans divergence, à tous les cas semblables dans toute la région où on prétend qu'ils existent ;

2° Multipliés, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir été appliqués à des cas assez nombreux pour qu'on ne puisse pas mettre en doute la règle générale qu'ils consacrent et l'obligation qu'ils imposent ;

3° Anciens, afin qu'on puisse constater facilement qu'ils sont appliqués du consentement unanime.

C'est seulement vers 1925 que le contrat de bail a pris de l'extension. A partir de quel moment l'usage de la publicité auquel il a donné lieu est-il devenu assez ancien pour être obligatoire ? Il est difficile de le dire, la réponse peut varier avec chaque région.

(10) Grenoble, 13 juin 1935. *Gaz. Pal.* 1935.2.561, S. 36.2.35, note H. ROUSSEAU.

(11) Voir *Rep. prat.* DALLOZ : V° « Usages commerciaux », n°s 9 et s.

Une partie de la doctrine (12) admet que la publicité prescrite est facultative, et nous ne cacherons pas notre préférence pour cette opinion, les usages ont créé les modalités de la publicité, mais non l'obligation de publier. La faute ne pourrait résulter que d'un fait de nature à entraîner l'application des articles 1382 et 1383 C. Civ. et la négligence du propriétaire n'en est pas une au sens de ces articles ; sans doute, viole-t-il les usages, mais en raison de leur imprécision, on ne peut pas adopter l'idée de responsabilité délictuelle ; les usages ne possèdent pas et posséderont de moins en moins une autorité telle que leur inobservation suffise à constituer une faute.

A l'appui de notre affirmation, nous citerons la distinction établie par MM. Escarra et Rault (13) entre les usages de droit et les usages de fait ; ces auteurs dénie toute force obligatoire aux usages de fait ou usages techniques, dont la seule condition d'existence est la répétition fréquente et continue des actes par lesquels ils se créent et se manifestent ; la publicité du contrat de location semble bien rentrer dans cette catégorie. Au contraire, l'usage de droit aurait force obligatoire.

Un auteur (14) va même jusqu'à reprocher aux décisions qui exigent cette publicité « d'entretenir le public dans cette illusion qu'en l'absence de toute annonce l'exploitant doit être considéré comme propriétaire du fonds ».

Donc, à notre avis, si l'usage s'est établi de faire une publicité dans les journaux d'annonces légales ou d'une autre façon, il n'a pas force de loi, et nous ne pensons pas que les tribunaux doivent être amenés à le considérer comme obligatoire, même si les locations de fonds de commerce prennent encore plus d'extension qu'à l'heure actuelle.

(12) RIPERT, note D.P. 1940.1.5; BUISSON: *Statut légal du fonds de commerce*, p. 208; GIL-BAER: *Quasi-aliénation de fonds de commerce*, p. 42; DOLBEAU: *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1936, p. 55; MONTIER et FAUCON (4^{me} édit.), n° 573; P. RAYNAUD: *Revue Crit.* 1936, p. 586; *Rev. Gén. de Dr. Comm.* 1939, p. 783.

(13) ESCARRA et RALT: *Principes de droit commercial*, t. I, n° 32.

(14) BUISSON, *op. et loc. cit.*

B. — *Valeur juridique* :

Si l'on a procédé à la publicité, celle-ci a-t-elle une valeur juridique ? Autrement dit, le propriétaire est-il exonéré s'il a publié ? Cette question se ramène à celle de savoir si la publicité effectuée est opposable aux tiers même à ceux qui ne l'ont point connue. La publicité édictée par une loi crée une présomption irréfragable de connaissance. Si elle est édictée par un usage a-t-elle la même valeur ? Quelques décisions ont répondu négativement.

Un jugement du Tribunal de Commerce de Pontoise du 8 novembre 1928 (1) avait dénié toute efficacité à l'insertion d'une notice par le propriétaire dans un journal d'annonces judiciaires, car « cette publicité n'avait qu'un caractère tout à fait officieux, était dépourvue de toute valeur légale, et en conséquence non opposable aux tiers ».

Le Tribunal de Commerce de la Seine, dont nous avons pu remarquer la sévérité envers les bailleurs de fonds de commerce, a rendu trois décisions dans le même sens :

Le propriétaire est toujours tenu, même s'il a fait dans un journal d'annonces légales une publicité pour dégager, vis-à-vis des tiers, sa responsabilité en ce qui concerne les commandes du locataire, cette publicité n'étant prévue par aucune loi (2).

Le propriétaire ne peut se prévaloir de ce qu'il a fait une publication d'un extrait du contrat dans un journal d'annonces légales, car cette publicité n'est édictée par aucun texte de loi, et a pu être ignorée du fournisseur qui ne se trouve pas dans la même ville que le fonds de commerce (3).

La distinction entre l'exploitation directe d'un fonds de commerce et l'exploitation par l'intermédiaire d'un locataire n'est nullement prévue par la loi qui n'a ordonné aucune publicité pour les locations, ce qu'elle n'aurait pas manqué de faire, si elle avait

(1) *Pontoise Comm.* 8 nov. 1928; Voir Paris (11^e Ch.), 26 janv. 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.591; *Revue Trim.* 1932, p. 746: Commentaire DEMOGUE.

(2) *Seine Comm.* 3 mai 1929; *Gaz. Trib.* 11 février 1930.

(3) *Seine Comm.* 20 juin 1932; *Gaz. Pal.* 1932.2.960, sous-note (b).

entendu en faire dépendre la position juridique des fournisseurs à l'égard du locataire ; d'ailleurs, aucun motif n'était tiré contre le propriétaire du défaut de publicité pour sa mise en location (4).

La 7^e chambre de la Cour de Paris (5) a manifesté la même tendance : après avoir admis la théorie de l'action directe, elle déclare qu'il importe peu que le propriétaire ait fait, dans un journal d'annonces légales, ou de toute autre façon, une publicité par laquelle il signalait que ce fonds était donné en gérance ou en location à un tiers, cette publicité ne pouvant priver le fournisseur de la garantie que lui donnent les textes.

La 11^e chambre de la même Cour est, par contre, fermement établie dans un sens opposé.

Les 29 mars et 7 juin 1930 (6), elle décidait qu'une publication faite dans un journal d'annonces légales était suffisante, et dans le deuxième arrêt elle ajoutait que l'emploi du mot « gérance », au lieu de « location », peut s'expliquer par un usage à peu près constant en la matière ; il ne peut pas constituer une faute engageant la responsabilité dans les termes de l'article 1382 C. Civ., s'il n'est pas démontré que cette substitution a été adoptée pour tromper les tiers.

Le 26 janvier 1932, elle infirmait le jugement du Tribunal de Commerce de Pontoise du 8 novembre 1928 (7), dans les termes suivants : « S'il est exact que la publicité telle qu'elle a été effectuée en l'espèce n'est pas prévue par la loi de 1909, elle s'accorde, néanmoins, avec un usage constant, et doit être présumée avoir porté à la connaissance des tiers la modification apportée à la gestion du fonds. » Elle posait le principe que la publicité du contrat de location faite conformément aux usages est suffisante pour que les tiers soient présumés connaître ce contrat et n'avoir de recours que contre le locataire du fonds pour le paiement des marchandises livrées.

(4) *Seine Comm.* 13 janvier 1934; *Gaz. Pal.* 1934.1.633.

(5) Paris (7^e Ch.), 13 juin 1933. *Gaz. Pal.* 1933.2.496.

(6) Paris (11^e Ch.), 29 mars 1930. *Gaz. Pal.* 1932.1.960, sous-note (a); 7 juin 1930, *ibid.*, 1932.1.958.

(7) Paris (11^e Ch.), 26 janvier 1932 et *Pontoise Comm.* 8 nov. 1928 précités.

Elle adoptait une solution identique, les 10, 14 mars et 21 avril 1932 (8), solution adoptée par l'arrêt de la 14^e chambre de la même Cour, le 18 novembre 1935 (9).

Quelques décisions de tribunaux de commerce de province reflètent la même tendance.

La publicité sous forme d'un unique avertissement dans un journal, bien que non prévue par la loi de 1909, s'accorde avec un usage constant, et doit être présumée avoir porté à la connaissance des tiers la modification apportée à la gestion du fonds, d'autant plus qu'elle comportait *in extenso* la clause que les marchandises nécessaires à l'exploitation du fonds seront achetées et réglées comptant directement par les locataires (10).

Le propriétaire qui a eu le soin de publier la location, et de stipuler dans le bail que les en-têtes de lettres imprimées et autres papiers d'affaires devraient mentionner que les exploitants sont locataires, et qu'ils sont seuls responsables, doit être exonéré (11).

Des auteurs, cependant, contestent toute opposabilité à cette publicité ; l'un d'entre eux (12) n'admet pas « qu'il suffise d'une seule annonce dans un journal discret, et la plupart du temps inconnu du public, pour que la location soit opposable aux tiers. On oublie que la loi ne prévoit pas ce mode de publication, et la jurisprudence n'est pas très bien fixée quant à la forme qu'elle doit revêtir ».

MM. Escarra et Rault (13) déniaient toute efficacité à la publication, si celle-ci se borne à faire état du contrat de bail sans rien contenir relativement à l'obligation aux dettes. Ils estiment qu'il est impossible de déclarer opposables *a priori* aux créanciers, et notam-

(8) Paris (11^e Ch.), 10 mars 1932. *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note (b) ; 14 mars 1932, *ibid.* 1932.1.949 ; (7^e Ch.), 21 avril 1932, *Gaz. Trib.* 16 juin 1932.

(9) Paris (14^e Ch.), 18 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

(10) Charleville *Comm.* 11 mai 1932 ; *Gaz. Pal.* 1934.2.296.

(11) Fécamp *Comm.* 8 janvier 1936 ; *Gaz. Pal.* 1936.1.638.

(12) RIVAL : *Semaine Jur.* 1939, n° 89.

(13) ESCARRA et RAULT : *Principes de droit commercial*, t. I, n° 514. En sens contraire, CENDRIER (6^{me} édit.), par ROBERT MARTIN et RENÉ MAUS, n° 633.

ment aux fournisseurs, les stipulations déchargeant le propriétaire de toute obligation au passif, dès lors que ces stipulations ont été publiées. Ils justifient ainsi cette opinion :

« En dehors des cas exceptionnellement prévus par la loi, il est impossible de mettre en échec par une publicité particulière les principes qui régissent l'obligation aux dettes. La jurisprudence et la doctrine l'admettent sans difficulté, par exemple dans l'hypothèse où un mari abandonné par sa femme avertit les fournisseurs, par la voie de la presse, qu'il ne s'acquittera pas des dettes contractées par l'infidèle. La jurisprudence distingue, on le sait, en pareille matière, suivant que les créanciers ont eu ou non effectivement connaissance de la publicité dont il s'agit.

« Il y a lieu d'appliquer, par analogie, cette jurisprudence aux dettes contractées par le preneur d'un fonds de commerce. Toutes les fois que les créanciers ont eu connaissance, soit par la voie de la presse, soit par voie de circulaires, que le preneur répondrait seul du passif, le propriétaire ne pourra être recherché à cette occasion ; dans l'hypothèse inverse, sa responsabilité se trouverait, au contraire, engagée. La charge de la preuve incomberait naturellement au propriétaire du fonds de commerce. »

Nous n'admettons pas cette façon de voir ; il serait presque impossible au propriétaire de prouver que le créancier avait connaissance de la location. En matière de révocation de mandat tacite de la femme mariée, la jurisprudence n'a pas dénié toute valeur à la publicité effectuée sous forme d'avertissement collectif par les journaux ; elle estime cette publicité insuffisante. On invoque, pour justifier cette jurisprudence, que les fournisseurs ne sont pas obligés de lire attentivement toutes les insertions. Le mari pourrait être déchargé de toute responsabilité, en adressant directement et individuellement une défense de faire crédit à sa femme (14).

Cet exemple ne peut pas servir de point de comparaison, car la révocation du mandat tacite a pour effet de créer une situation anor-

(14) Poitiers, 23 décembre 1889. D.P. 90.2.359 ; Voir AUBRY et RAU, t. VIII, p. 123 ; PLANIOL et RIPERT : *La famille*, t. II, par ROUAST, n° 293.

male et exceptionnelle ; la publicité de la location de fonds de commerce n'a pour but que de faciliter l'application des principes du droit commun ; on pourrait lui refuser une valeur si ses effets étaient destinés à créer une situation exorbitante du droit commun, ou tout au moins anormale, ainsi par exemple si le contrat de bail avait pour objet de dissimuler un contrat de mandat ou de louage de services.

M. Lalou (15) fait une remarque qui nous semble fort pertinente : le fournisseur du locataire de fonds de commerce ne peut pas, pour dénier toute valeur juridique à la publicité, exciper de ce qu'il n'est pas tenu de lire les journaux d'annonces légales, puisque, depuis la loi du 17 mars 1909, il doit lire les mêmes journaux pour être au courant des ventes de fonds.

Il n'est pas nécessaire de parler d'une présomption de connaissance des mentions du Registre du Commerce, car le tiers a dû prendre connaissance de ces mentions qui lui sont opposables, et s'il ne les a pas connues, c'est qu'il a négligé d'employer le moyen légal qu'il avait d'être renseigné, estime M. H. Rousseau (16).

Par contre, pour cet auteur, la présomption tirée de la publicité par la voie des journaux devrait tomber devant des présomptions contraires. Nous ne partageons pas cette opinion, le propriétaire doit être exonéré chaque fois qu'il a procédé à une publicité, si le créancier a ignoré la location c'est qu'il était négligent ; comme l'indique M. Voirin (17), lorsque le propriétaire a pris des « précautions prédéterminées et jugées *in abstracto* suffisantes pour qu'un tiers ne soit pas dupe de l'apparence », il y a connaissance de droit, c'est-à-dire qu'il y a connaissance présumée d'une façon irréfragable. C'est d'ailleurs la théorie consacrée par la Cour de Cassation.

(15) LALOU: *Chron. D.H.* 1928, p. 27.

(16) H. ROUSSEAU, note S. 1934.2.171 sous Amiens, 8 mai 1914.

(17) VOIRIN: *Revue Trimestrielle* 1931, p. 299.

§ 3. — *La publicité du contrat de location de fonds et les arrêts de la Cour de Cassation (Ch. des Req.) du 6 décembre 1938 et du 22 février 1939 (1)*

Dans le premier arrêt, la Cour de Cassation a relevé que le propriétaire du fonds avait eu soin de rendre public l'acte de location. Que faut-il en déduire ?

Cet arrêt serait une « confirmation éclatante » de l'obligation de publier imposée au propriétaire (2).

La conclusion qu'en tire M. Ripert (3) est empreinte de plus de réserve : « La Cour de Cassation semble, par là, laisser supposer qu'elle aurait peut-être donné une solution différente s'il (le propriétaire) avait négligé de le faire. »

Le deuxième arrêt n'apporte pas plus de précisions à cet égard, le pourvoi reprochait au propriétaire un défaut de publication qui constituerait « un dol par réticence ou du moins une négligence caractérisée susceptible d'induire gravement en erreur les tiers sur la qualité de leur cocontractant, et sur le crédit qu'ils peuvent lui consentir ». La Cour de Cassation s'est contentée de dire que ce moyen mélangé de fait et de droit n'avait pas été soumis aux juges du fonds, ce qui lui interdisait de statuer.

Ces deux arrêts sont des arrêts de rejet qui constatent que les juges du fond n'ont pas relevé la faute du propriétaire, et qui laissent à tout créancier la possibilité de discuter les faits et d'établir la faute.

Dans le premier arrêt, la Cour de Cassation a reconnu d'une façon incontestable la valeur juridique de la publicité effectuée.

Mais admet-elle pour autant la force obligatoire de l'usage qui la prescrit ? La Cour de Paris (11^e chambre) avait admis que la

(1) Req. 6 déc. 1938, D.P. 1940.1.5, S. 1939.1.9; Req. 22 fév. 1939, D.P. 1940.1.5; Gaz. Pal. 1939.1.780, S. 1939.1.39.

(2) Voir FOIRET : *Journal des Notaires* 1940, p. 135. En ce sens J. LACAT : *Semaine Jur.* 1939, n° 944.

(3) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

publicité effectuée au Registre de Commerce exonère de plein droit le propriétaire du fonds loué ; mais le défaut de publicité sur ce Registre ne suffit pas à engager sa responsabilité.

Il se pourrait fort bien que la Cour de Cassation adopte la même distinction. Elle avait admis, le 24 décembre 1924 (4), que si chacun est responsable de sa négligence, l'omission ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait pour celui auquel on l'impute obligation d'accomplir le fait.

Or, on ne peut pas affirmer qu'il y ait véritablement obligation pour le propriétaire de procéder à une publicité, car l'usage n'est pas assez ancien.

De plus, les juges, en imposant au propriétaire l'obligation de publier, ajoutent arbitrairement au contrat de location une obligation qui n'y figure pas ; or, ceci ne leur est pas possible, même s'ils cherchaient à justifier cette solution par les circonstances (5).

La sanction du défaut de publicité serait beaucoup trop lourde pour qu'on puisse l'appliquer, sans apporter la preuve de la mauvaise foi du propriétaire. Nous ne pensons pas que la jurisprudence pourrait créer l'obligation de publier assortie d'une conséquence aussi grave que le déplacement des obligations nées d'un contrat. Il existerait, entre la faute bien légère et sa sanction, une disproportion morale.

Si la Cour de Cassation (Ch. des Req.) a insisté, dans son arrêt du 6 décembre 1938, sur le fait que la publicité avait eu lieu, c'est parce que ce fait prouve la bonne foi du propriétaire ; mais, à l'inverse, le défaut de publicité n'est pas suffisant pour faire présumer la mauvaise foi.

Sans doute, la théorie que nous avons développée est-elle sévère pour les fournisseurs ; il n'existe aucune raison de faire supporter par les bailleurs de fonds de commerce les suites d'une lacune du législateur.

(4) Civ. 24 déc. 1924. *Gaz. Pal.* 1925.1.322 ; Voir AUBRY et RAU (5^{me} édit.), t. VI, paragraphe 446, n° 363.

(5) Voir Cass., 6 mars 1876, S. 76.1.161 ; Rep. prat. Dalloz : V° Cassation, n° 336.

§ 4. — *Forme de la publicité actuelle*

Le propriétaire a intérêt à dresser un acte écrit et enregistré, lorsque poursuivi par les créanciers de son locataire il veut établir la véritable nature du contrat qu'il lui a consenti. Cet acte n'est pas soumis aux prescriptions de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, puisqu'il ne porte pas sur une cession de fonds de commerce.

Les insertions dans les journaux locaux d'annonces légales se font généralement de la façon suivante (1) :

« Unique publication : Suivant acte sous seing privé en date à... du..., enregistré à..., M. X..., propriétaire du fonds de commerce sis..., a donné à bail (ou en location) (2) le dit fonds de commerce à dater du... à M. Z... Toutes les marchandises nécessaires à son exploitation seront achetées et payées par le locataire (ou preneur), le propriétaire ne devant en aucun cas être recherché ni inquiété à ce sujet. »

L'insertion publiée comprend souvent, en outre, une élection de domicile; où les tiers pourront faire opposition, afin d'empêcher le locataire de payer les loyers à son bailleur ; on procédait ainsi pour les ventes avant la loi du 17 mars 1909. Il est d'usage aussi de publier la cessation du bail sous une forme analogue :

« Unique publication : Par acte sous seing privé en date à... du..., enregistré à..., M. X... a déclaré résilier à compter du... le bail du fonds de commerce de..., sis à..., qui avait été confié à M. Z..., suivant acte sous seing privé en date à... du..., enregistré. »

Le but de ces insertions est d'avertir les tiers de la mise en location, alors que la publicité prescrite pour les ventes de fonds de commerce par la loi de 1909 a pour but de provoquer des oppositions ; pour la vente, il faut procéder, en outre, à des insertions sommaires dans le *Bulletin* annexe du *Journal Officiel*. En matière de location, les insertions sont libres et nullement assujetties aux conditions de

(1) Voir GRANGER: *Gérance et location de fonds de commerce*. Thèse. Paris 1929; FOIRET: *Journal des Notaires* 1933, p. 1131.

(2) Il est à conseiller d'éviter soigneusement les mots de gérance et de gérant.

formes et aux énonciations prescrites par la loi de 1909. La rédaction elle-même des avis de location est facultative, et l'on n'encourt aucune sanction ni responsabilité, si l'on omet de prévoir les oppositions, les délais, ou une élection de domicile.

Il n'y a pas lieu de rapporter obligatoirement la mention d'enregistrement, conformément à la loi du 22 mars 1924.

Les journaux qui publient ces avis ne sont pas tenus de les faire figurer sous la rubrique « Ventes de fonds », réservée aux insertions faites en exécution de la loi de 1909.

Le *Bulletin Officiel*, contenant les insertions sommaires prescrites par le décret du 4 août peut publier, s'il en est requis, des avis analogues pour faire connaître les locations de fonds, les locations-ventes, ou même les gérances salariées, mais il n'est pas tenu de les insérer dans le même chapitre que les insertions sommaires prescrites par le décret de 1926.

Il y a lieu, en outre, de mentionner la location dans l'immatricule du bailleur au Registre du Commerce.

Certains recommandent de compléter et de confirmer cette publicité par des circulaires aux fournisseurs habituels du fonds, de mentionner la qualité du locataire sur les lettres et factures de ce dernier, et d'apposer une mention apparente dans les locaux.

En cas de location de débit de boissons, il existe une formalité supplémentaire : les boissons ne pouvant circuler qu'à l'adresse du débitant titulaire de la licence, il faut faire opérer un transfert de licence au nom du locataire.

SECTION II

Défaut de publicité. — Nature de cette faute lorsqu'elle a été retenue

Ce qu'on reproche au propriétaire c'est de ne pas avoir fait connaître au public qu'il n'exploitait plus lui-même son fonds. La faute relevée est une simple abstention. Le propriétaire peut aussi

commettre des actes constitutifs d'une fraude, présenter par exemple le locataire comme son employé, alors qu'il y a location du fonds, mais c'est l'exception.

Un effort a été fait pour préciser la nature de cette faute, lors de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation (Ch. des Req.), le 21 novembre 1881 (1), à propos d'une vente suivie d'une location de fonds de commerce, les deux contrats étant demeurés occultes. Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir violé l'article 1382 C. Civ., imputant au propriétaire d'un fonds de commerce la responsabilité d'une négligence qui ne constituait pas une faute. La seule négligence reprochée était l'omission de la publication de l'acte d'achat.

Cette négligence, soutenait le pourvoi, ne serait une faute que si cette publication avait été obligatoire. Elle ne l'était plus, car l'arrêt qui l'avait prescrite était abrogé.

Cette critique n'est pas fondée, estime le conseiller Le Pelletier, dans le rapport qui précède l'arrêt ; elle serait juste si une négligence ne pouvait avoir le caractère de faute que lorsqu'elle consiste dans l'inobservation de la loi ou d'un règlement. Or, fait remarquer l'annotateur de cet arrêt, il y a trois principes généraux en matière de responsabilité civile :

Le premier est qu'il y a lieu à responsabilité lorsqu'une faute est légalement imputable à l'auteur d'un fait dommageable ;

Le second est qu'il n'est pas nécessaire que cette faute ou cette négligence résulte de l'inobservation de la loi ou d'un règlement, mais qu'elle peut aussi résulter de l'omission d'un acte qu'aucune loi n'ordonne ;

Le troisième, enfin, c'est que cette faute ou que cette négligence non justifiée ait été libre de la part de son auteur, et qu'elle ait porté préjudice à autrui.

(1) Req. 21 nov. 1881. *Gaz. Pal.* 82.1.164, D.P. 82.1.165. Rapport du conseiller LE PELLETIER et la note.

La responsabilité de l'homme peut donc être engagée par son omission de prendre les précautions qu'indique la prudence humaine, pourvu que cette omission ait été la cause naturelle et prévue du dommage causé.

Le conseiller Le Pelletier estime qu'il y avait, en l'espèce, quasi-délit par omission : « Mais de même qu'on peut être en faute en commettant un acte qu'aucune loi ne défend, ce qui est le cas du quasi-délit par commission, de même on peut être en faute en omettant un acte qu'aucun texte n'impose. C'est alors le quasi-délit par omission.

« Dans les deux cas, la faute est caractérisée, à moins que la perpétration de l'acte ou son omission ne soient d'ailleurs justifiées. C'est même spécialement en vue de ces sortes de fautes qu'ont été édictés les articles 1382 et suivants, lesquels seraient inutiles s'ils ne visaient que les faits ordonnés ou prohibés par une loi positive, puisque l'infraction à la loi entraînerait par elle-même la condamnation et la responsabilité. »

Le conseiller Le Pelletier cite un texte de Sourdat (2), à l'appui de son affirmation. Suivant ce dernier auteur, on est tenu du dommage arrivé par « l'omission des précautions qu'indiquait la prudence humaine dans toutes les circonstances où l'on a pu se trouver placé », à moins que le dommage ne soit la suite imprévue du fait innocent en lui-même.

Les observations du conseiller Le Pelletier sont exactes, et nous n'avons pas la prétention de les réfuter. Mais est-il possible de les étendre à chaque cas de location de fonds de commerce ? Nous ne le pensons pas, car elles se justifient surtout par les circonstances de l'espèce : l'acquéreur d'un fonds de commerce en avait laissé l'exploitation au vendeur au moyen d'un contrat de bail, et n'avait procédé à aucune publicité. Le fonds de commerce faisait partie du gage général des créanciers et en était sorti par la fraude concertée du vendeur et de l'acheteur.

(2) SOURDAT : *Traité de la responsabilité* (2^e et 3^e édit.), t. I, n^o 680.

Dans les locations usuelles de fonds de commerce, lorsqu'aucune publicité n'est effectuée, il y a au moins un fait visible, et qui devrait suffire à mettre en éveil l'attention des créanciers : c'est que l'exploitation change de mains ; elle passe du propriétaire ou d'un ancien locataire au nouveau locataire. Les fournisseurs de l'exploitant précédent sont avertis, dans une certaine mesure, par ce seul fait du changement de direction. Or, dans l'espèce jugée par la Cour de Cassation, en 1881, il n'y avait rien de tel. Ce n'était pas seulement la prudence qui commandait à l'acquéreur de procéder à une publicité, c'était aussi la bonne foi. L'acquéreur du fonds avait fait preuve d'une manqué caractérisé de bonne foi.

Comme l'indique le conseiller Le Pelletier, les fournisseurs qui faisaient crédit au propriétaire savaient qu'ils avaient pour garantie et pour gage son fonds de commerce ; un jour il le vend, mais en reste locataire. Rien ne révèle aux tiers la vente qu'il a consentie. Il reste donc pour eux le propriétaire apparent. Ils doivent croire qu'ils ont toujours le même gage. Ils continuent à lui livrer les marchandises nécessaires à l'exploitation qui, pour eux, n'a pas cessé de lui appartenir, et lorsque plus tard ils réclament au propriétaire du fonds ce qui leur est dû, celui-ci répond que le fonds n'est pas leur garantie, car lui, propriétaire, n'est pas leur débiteur.

Et le conseiller Le Pelletier ajoute : « En laissant croire aux fournisseurs, qui alimentaient le fonds de commerce dont il était devenu propriétaire, qu'il appartenait toujours au vendeur, l'acquéreur les a volontairement, sinon frauduleusement entretenus dans une erreur dont ils doivent subir les conséquences. »

L'annotateur de cet arrêt estime que, si ce silence n'est pas frauduleux, qu'il est du moins empreint d'une négligence coupable, et qu'il peut servir de base à une réparation du préjudice qui en résulterait. L'annotateur prévoit et déclare vaine par avance l'objection suivant laquelle les juges du fond en condamnant l'acheteur à payer, conjointement et solidairement avec le vendeur, le prix des marchandises livrées, ont établi un droit de suite sur le prix de vente du fonds de commerce. Ce jugement, indique l'annotateur, en pronon-

gant une telle condamnation, se borne à accorder la juste réparation du préjudice causé par la négligence de l'acquéreur et par son manque de bonne foi.

On est d'autant mieux fondé à croire que l'acquéreur était de mauvaise foi qu'il pouvait parfaitement prévoir les suites de son omission.

La loi n'ayant prévu à ce moment aucune publicité de la vente, il existait une dernière raison d'admettre la responsabilité du propriétaire, raison exposée par le conseiller Le Pelletier : en faisant passer, à l'insu des créanciers, en d'autres mains que celles du commerçant auquel les fournisseurs livrent leurs marchandises, le fonds de commerce, dont la valeur est la garantie du crédit qu'ils accordent, il serait trop facile de commettre à leur préjudice une fraude aussi difficile à découvrir qu'à prévoir.

Depuis cet arrêt de la Cour de Cassation, seul un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 30 décembre 1930 (3) a tenté de fournir une explication cohérente sur la nature de cette faute : il en précise la nature qui est d'avoir créé sciemment une situation équivoque ; il établit l'origine du préjudice qui découle du trouble commercial et de la perte des marchandises livrées et non payées ; il évalue le montant du préjudice à la valeur de ces marchandises, en spécifiant bien que, si le propriétaire doit les payer, c'est à titre de dommages-intérêts.

Selon cette décision et d'autres citées dans le paragraphe précédent, la faute consisterait à tromper les tiers sur la véritable situation du locataire, en ne leur faisant pas connaître qu'il s'agit d'un locataire, et en les autorisant à penser, par conséquent, que l'exploitant est un gérant salarié ou le propriétaire du fonds.

Mais le seul fait de ne pas avertir les tiers, la seule abstention ne peut être une faute que si on avait l'obligation de les avertir et les moyens de le faire (4). Aussi, nous pensons que, pour donner

(3) *Seine Comm.* 30 décembre 1930. *Gaz. Pal.* 1931.I.413.

(4) Cf. RИPERT, note D.P. 1940.I.5.

à la responsabilité du propriétaire un fondement délictuel, il faudrait, comme condition préalable, apporter la preuve d'une faute de nature à avoir jeté ou laissé planer l'équivoque sur la personnalité de celui avec lequel les tiers traitaient.

D'après les termes du pourvoi de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 février 1939 (5), le défaut de publication constituerait un dol par réticence ou du moins une négligence caractérisée.

Or, la réticence constitue un dol, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence seulement en matière maritime.

De plus, pour que le dol soit retenu, il doit émaner d'une des parties au contrat, et il faut établir qu'en l'absence du dol la victime n'aurait pas contracté (6).

Un auteur (7) relie l'obligation de publier à la nature particulière du fonds de commerce, car l'erreur du créancier sur la qualité de l'exploitant proviendrait de la « situation très spéciale du fonds de commerce qui, avec son assiette permanente et fixe et son pouvoir en quelque sorte anonyme d'attraction de la clientèle, prête à toutes les confusions et crée des devoirs au propriétaire ».

La discussion de la faute commise a seule retenu l'attention ; pourtant, il ne suffit pas de prouver l'existence de la faute et du préjudice. Il faut encore prouver la relation de causalité entre la faute et le préjudice.

Ce point qui, dans tout autre problème de responsabilité, aurait revêtu une importance considérable n'avait été aperçu ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. C'est M. Ripert (8) qui, le premier, l'a mis en lumière : « Le fournisseur a une créance contre le locataire. Le préjudice qu'il subit n'est pas la perte de la fourniture faite, mais la perte de sa créance, à raison de l'insolvabilité du locataire. L'action contre le propriétaire ne serait donc possible qu'après consta-

(5) Req. 22 février 1939, précité.

(6) Voir COLIN et CAPITANT, tome II (3^e édit.), p. 287.

(7) JEAN LACAT : *Semaine Jur.* 1939, n^o 944.

(8) RIPERT, note précitée.

tation de cette insolvabilité. Mais y aura-t-il alors un lien de causalité entre le préjudice et la faute ? N'est-on pas en présence du type de dommage dit dommage indirect ? »

Sans doute, la victime d'un délit a droit à la réparation intégrale d'un dommage né du chef d'un préjudice indirect (9), mais à condition de démontrer que le préjudice se rattache certainement à la faute commise. Or, le défaut de paiement se rattache-t-il au défaut de publicité, autrement dit le créancier aurait-il accordé un crédit, s'il avait connu la véritable situation ? La réponse ne peut être uniforme et devrait varier avec chacun des créanciers. Le caractère de certitude du préjudice est difficile à apprécier : le défaut de publicité a ôté au créancier une chance d'éviter une perte. Dans de nombreuses espèces étudiées, nous avons vu que le créancier avait fait crédit bien qu'étant au courant de la location. Les tribunaux auraient dû examiner dans chaque espèce comment le créancier opérait habituellement.

« Si on agit contre les deux (propriétaire et locataire), l'un est tenu contractuellement, l'autre est tenu délictuellement », écrit M. Ripert (10). Ce point contribue à jeter l'indécision sur la nature de la faute reprochée au propriétaire. Le groupement des responsabilités contractuelle et délictuelle s'est souvent présenté devant la jurisprudence, mais dans des circonstances totalement différentes de celles qui nous occupent (11).

Le propriétaire ne se rend nullement complice de l'inexécution du contrat passé entre le locataire et un créancier ; on ne peut lui reprocher d'avoir porté atteinte aux droits du créancier ou d'aider sciemment le locataire à ne pas exécuter l'obligation contractée.

Ce groupement de deux responsabilités d'origines différentes n'est-il pas contraire au principe de la relativité des conventions ? Car ce que les créanciers reprochent au propriétaire c'est de n'avoir pas

(9) Voir JOSSEKAND : *Cours droit civil positif français*, t. II (3^e édit.), n^{os} 440 et 630 ; H. et L. MAZEAUD : *Traité de la responsabilité civile*, t. I, n^o 219.

(10) RIPERT, note précitée.

(11) Voir H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* (3^e édit.), t. I, n^o 141 ; DEMOGUE : *Obligations*, t. VII, n^{os} 1162 et s.

accompli une obligation, celle de publier, qui résultait de son contrat. MM. H. et L. Mazeaud estiment qu'une action en responsabilité délictuelle, donnée aux tiers dans ces conditions, serait une violation de la règle *res inter alios acta* (12).

SECTION III

Négligence des créanciers du locataire

Il existe un moyen de défense qui permettra de repousser l'action en responsabilité délictuelle du propriétaire : c'est la considération de la faute ou de la négligence des créanciers du locataire.

Certains posent même, en principe, que les tiers sont toujours en faute de faire foi à une prétendue apparence, et « que les créanciers qui ont consenti des crédits n'auront à s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ont eu à en pâtir » (1).

La Cour de Paris (11^e ch.), le 10 mars 1932 (2), déboutait les créanciers d'un locataire en faisant valoir qu'il leur appartenait de se renseigner sur la véritable situation de leur débiteur, s'ils ne l'étaient pas suffisamment, et s'ils ont négligé de le faire ils ont traité avec lui à leurs risques et périls.

Le fournisseur commet une faute en recommandant un locataire et en empêchant le syndic de la faillite du propriétaire d'en installer un autre plus sérieux dont la gestion normalement assurée n'aurait pas été déficitaire (3).

Le propriétaire ne saurait être tenu pour responsable de ce que les fournisseurs ont négligé de se renseigner sur la véritable situation du locataire si tant est qu'ils l'aient ignorée, il leur était facile de constater par les mentions au Registre du Commerce que le locataire

(12) Voir H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* (3^e édit.), t. I, n^o 144-3. En sens contraire, Req. 25 février 1935, S. 1935.1.129, note H. ROUSSEAU.

(1) GIL-BAER: *Quasi-aliénation de fonds de commerce*, p. 41.

(2) Paris (11^e Ch.), 10 mars 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.951, sous-note (b).

(3) Paris (3^e Ch.), 15 mars 1935. S. 1936.2.37.

et le propriétaire étaient titulaires de deux exploitations différentes inscrites sous des numéros différents (4).

Le fait pour un fournisseur d'avoir laissé s'accroître considérablement, et pendant plusieurs mois, les dettes du locataire sans signaler la situation au propriétaire constitue de sa part une négligence (5).

La Cour de Grenoble, dans son arrêt du 13 juin 1935 (6), a tenu compte, pour rejeter une action dirigée contre un bailleur de fonds de commerce par des fournisseurs (les Grands Moulins de Paris), des considérations suivantes :

1° De cette circonstance générale que les fournisseurs, plus avertis professionnellement que le commun du public, ont l'obligation et les moyens, avant de faire crédit, de saisir la réalité sous l'apparence, de vérifier notamment si le fonds est bien la propriété de celui qui l'exploite ;

2° De cette circonstance spéciale qu'en l'espèce le locataire était nouvellement établi quand il commanda et reçut les fournitures de farine litigieuses, et que d'après les indications produites aux débats par la propriétaire, et non contredites par la partie adverse, il succédait à un précédent locataire qui avait, comme lui, dû déposer son bilan, et qui avait été également débiteur des Grands Moulins de Paris.

Enfin, le propriétaire avait acquis le fonds à la suite d'une faillite. Ainsi, la vigilance d'une société aussi importante que les Grands Moulins de Paris avait été alertée, et elle ne peut soutenir qu'elle ait été invinciblement trompée.

Le propriétaire ne saurait être tenu si le fournisseur a été à même de connaître la qualité de locataire de son débiteur, et les conséquences qu'un marché passé avec lui pourraient entraîner ; il

(4) Paris (14^e Ch.), 18 nov. 1935. *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

(5) *Saint-Étienne Comm.*, 24 nov. 1932; *Gaz. Pal.* 1933.2.133.

(6) Grenoble, 13 juin 1935. *Gaz. Pal.* 1935.2.561, S. 1936.2.35. Note H. ROUSSEAU.

a eu le tort de ne pas prendre les précautions ou les garanties qui s'imposaient, et il ne peut s'en prendre qu'à lui-même (7).

La Cour de Cassation (Ch. des Req.) a consacré cette jurisprudence dans son arrêt du 22 février 1939 (8) : le créancier commet une grave négligence en ne se renseignant pas, surtout à l'occasion d'un marché important, sur la qualité de son contractant, d'autant plus qu'il lui était loisible de la connaître par la consultation du Registre du Commerce ; le dommage qu'il subit est le résultat de sa propre imprudence.

SECTION IV

Fautes indépendantes du défaut de publicité

Le propriétaire commet parfois une négligence grave qui peut constituer une fraude, et qui est de nature à entraîner sa responsabilité dans les termes des articles 1382 et 1383 C. Civ. ; c'est, par exemple, lorsqu'il laisse entre les mains du locataire tous ses papiers commerciaux dont ce dernier se sert, ou lorsqu'il appose sur l'enseigne, au moment de la location, la banderole « Changement de propriétaire ».

De même, le propriétaire serait susceptible d'être recherché, en cas d'annulation de la location-vente, s'il y a une relation de cause à effet entre cette annulation et l'insolvabilité du locataire, et si cette annulation porte préjudice aux créanciers du locataire. Cette hypothèse pourrait très bien se présenter : un locataire acheteur consent à un de ses créanciers un nantissement sur le fonds ; le propriétaire vendeur, en faisant annuler le contrat de location-vente, fait annuler par là même le nantissement ; le créancier du locataire se trouve privé de toute garantie.

Le fait de passer une location-vente constitue-t-il à lui seul une faute ? La question a été posée et résolue par un jugement du

(7) *Fécamp Comm.* 8 janvier 1936; *Gaz. Pal.* 1936.1.638.

(8) *Req.* 22 février 1939. *D.P.* 1940.1.5, *S.* 1939.1.39; *Gaz. Pal.* 1939.1.780.

Tribunal de Commerce de la Seine (1). Le tribunal a déclaré qu'il n'avait pas à apprécier la validité intrinsèque de ce contrat. Il n'avait pas, non plus, à examiner si les actes soumis constituaient une vente réelle et n'étaient établis sous cette forme que pour bénéficier de dispositions fiscales plus favorables.

Voici les motifs essentiels de cette décision : il y avait lieu de considérer que ces actes ont pour effet d'abuser les tiers sur la situation exacte du fonds de commerce ; le propriétaire a fait tout ce qu'il a pu pour créer et entretenir l'équivoque sur la personnalité du propriétaire du fonds, et la publicité à laquelle il a procédé à cet effet, loin de le dégager de toute responsabilité, a eu pour conséquence de créer la confusion dans l'esprit des fournisseurs, et de permettre l'ouverture d'une discussion de fait et de droit. Il ne peut être permis aux commerçants d'organiser par des conventions particulières la possibilité d'éluder des obligations aussi générales que celles de payer des marchandises livrées, reçues et utilisées ; le désir plus ou moins légitime de se soustraire à des perceptions fiscales mêmes excessives ne peut avoir pour résultat de préjudicier aux droits élémentaires des tiers ; et il y a lieu, en conséquence, de considérer que le fait d'avoir recours à des appareils juridiques compliqués, même si leur licéité reste doctrinalement admise, ne peut être envisagé qu'aux risques et périls de celui qui contracte et qui demeure exposé aux actions qui sanctionnent la fraude et le quasi-délit ; le propriétaire a commis la faute de créer une situation équivoque à laquelle le créancier a pu de bonne foi se laisser prendre ; il doit réparation de ce préjudice.

En suite de quoi le tribunal accorde aux fournisseurs, en spécifiant que c'est à titre de dommages-intérêts, le paiement des marchandises livrées au locataire et restées impayées.

Connaissant la sévérité exagérée du Tribunal de Commerce de la Seine envers les bailleurs de fonds de commerce, nous nous gardons d'ériger ce jugement en décision de principe.

(1) *Seine Comm.* 30 déc. 1930; *Gaz. Pal.* 1931.1.413.

Le propriétaire est-il en faute de ne pas avoir publié d'une façon précise la résiliation du contrat de bail ?

Le problème s'est posé dans une espèce soumise au Tribunal de Commerce du Havre (2).

Voici les faits : Le propriétaire d'un fonds de commerce, Rabel, déclarait donner son fonds en location à Prieur, pour une durée de deux années, en vertu d'un contrat publié dans un journal d'annonces légales ; les insertions précisaient que « le locataire sera seul tenu responsable des fournitures qui seront faites dans ledit fonds pendant la durée de la location ». Quelques mois plus tard, la location était résiliée d'un commun accord entre les parties, et le propriétaire reprenait le fonds.

Ce dernier, à qui incombait la charge de la publicité relative à cette reprise, faisait dans un journal d'annonces légales deux insertions qui disaient : « M. Fernand Rabel a résilié purement et simplement la gérance qu'il avait consentie à M. Prieur. »

Le tribunal a été frappé de ce fait que les insertions publiées au moment de la cession à Prieur précisent qu'il s'agit d'une mise en location du fonds, alors que, dans celles relatives à la reprise par Rabel, il n'est question que de mettre fin à une gérance.

Le tribunal a estimé que la contradiction flagrante entre les insertions a mis le fournisseur dans l'impossibilité de garantir ses droits, et a eu pour conséquence de l'induire en erreur ; le propriétaire ne pourrait pas prétendre qu'une opposition aurait utilement frappé, puisqu'il ne devait verser au locataire aucune indemnité du fait de la rupture du contrat. La conclusion à laquelle arrive le tribunal est que le fournisseur était fondé à considérer le propriétaire comme seul responsable, et tenu du paiement des marchandises livrées pour les besoins du fonds. Cette conclusion est pour le moins inattendue, car au moment où la livraison avait été effectuée, seule la première publication avait eu lieu. On ne voit pas quelle garantie

(2) *Le Havre Comm.* 14 déc. 1925; *Gaz. Pal.* 1926.1.311.

supplémentaire la deuxième publication aurait pu conférer au créancier ou comment cette publication aurait pu l'induire en erreur.

Le Tribunal de Commerce de Marseille (3) a rendu deux décisions dans le même sens dans des espèces où la résiliation du bail n'avait pas été publiée. Les motifs invoqués par ces jugements sont dénués de fondement, car le propriétaire n'a jamais été le débiteur de son locataire, et les créanciers ne pouvaient pas faire opposition sur une somme qu'il aurait due, pas plus qu'ils n'auraient pu faire opposition sur le cautionnement, puisque le locataire n'en avait jamais versé.

La Cour de Paris (11^e ch.) jugeait en sens inverse (4) qu'il importait peu que la résiliation du bail, intervenue peu de temps après la livraison des marchandises, n'ait pas été publiée, puisque la vente avait été conclue et la livraison effectuée avant cette résiliation.

Elle indiquait (5) que rien n'obligeait le propriétaire à publier la durée du contrat, ni la clause de résiliation anticipée, et que d'ailleurs ces deux circonstances sont demeurées sans aucune influence sur les livraisons dont il s'agit au procès ; enfin, le propriétaire n'avait pas à stipuler le dépôt d'un fonds de garantie dans l'intérêt des créanciers éventuels du locataire.

Nous avons essayé d'établir qu'une action en responsabilité délictuelle, dirigée contre le bailleur de fonds de commerce, et fondée sur un défaut de publicité, ne devrait pas normalement réussir. Mais la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Toutefois, les créanciers, en cas de défaut de publicité, ont-ils une action fondée sur l'erreur commune et l'apparence ? C'est cette question qui va faire l'objet du chapitre suivant.

(3) *Marseille Comm.* 30 déc. 1924 et 21 mai 1928 (Sommaires Marseille), n^o 1139 et 157, voir ROURE : *Gérance de fonds de commerce*. Thèse, Aix, 1929, p. 96.

(4) Paris (11^e Ch.), 29 mars 1930; *Gal. Pal.* 1932.1.960, sous-note (a).

(5) Paris (11^e Ch.), 7 juin 1930. *Gaz. Pal.* 1932.1.958.

CHAPITRE III

ACTION FONDÉE SUR L'ERREUR COMMUNE ET L'APPARENCE

« Celui qui crée une situation apparente en devient en quelque sorte le prisonnier et doit subir les conséquences attachées par la loi à la situation réelle dont elle constitue l'image trompeuse, le mirage » (1).

En cas de location de fonds de commerce demeurée occulte, il existerait une situation suivant laquelle le locataire aurait l'apparence d'être le propriétaire du fonds ou le gérant salarié du véritable propriétaire. Nous étudierons, dans ce chapitre, l'intérêt d'une telle action, et si elle est susceptible d'être admise par la jurisprudence.

SECTION I

Intérêt de la théorie de l'erreur commune et de l'apparence

Une action contre le propriétaire aurait été plus facile, indique M. Ripert (2), si on avait voulu admettre que la responsabilité du propriétaire résultait du seul fait d'avoir par le contrat créé une apparence contraire à la réalité que si elle résultait d'un défaut de publicité.

M. Voirin (3) marque la différence entre la présomption et l'apparence, et en souligne l'intérêt : « La présomption est l'œuvre

(1) JOSSERAND, note D.P. 1934.1.7.

(2) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(3) VOIRIN, note D.P. 1929.2.82 (*Revue Trim.* 1931, p. 299).

de la loi ou du magistrat ; elle entre en jeu au cours d'un procès pour éclairer un point douteux ; elle procède d'un effort de raisonnement (induction), dont le résultat incertain ne constitue, lorsqu'il est inexact, qu'une erreur d'optique individuelle. L'apparence, au contraire, engendre spontanément, en dehors de toute contestation, une croyance qui, loin d'être provoquée par un raisonnement laborieux, ne pourrait être détruite que par une critique très serrée en l'absence de laquelle elle s'impose avec la force de l'évidence, de telle sorte qu'une apparence mensongère produit souvent un mirage collectif (*error communis*). »

De nombreux auteurs ont essayé d'établir que celui contre qui on fait jouer la théorie de l'apparence est en faute : l'héritier véritable serait en faute pour ne s'être pas révélé assez vite, de même le mandant, qui n'a pas pris la précaution d'avertir les tiers des limitations apportées aux pouvoirs normaux de son mandataire, de même enfin le concubin qui a laissé la concubine prendre l'apparence de son épouse (4).

« C'est un règle générale dérivée de l'article 1382 C. Civ. que tous ceux qui créent une apparence trompeuse sont tenus de réparer le préjudice causé aux tiers trompés par cette apparence. » (5).

Même s'il y a abus dans l'exercice du mandat, le mandant serait encore responsable envers les tiers, à raison de la faute qu'il a commise en choisissant un représentant incapable ou infidèle (6).

Ce serait dans la théorie de l'apparence que réside l'explication des décisions de jurisprudence qui ont condamné le propriétaire en cas de défaut de publicité ; ces décisions auraient une base juridique sérieuse et seraient fondées sur l'équité (7).

« Les fournisseurs devenant créanciers du locataire ont pu croire légitimement que l'exploitant était un simple gérant du fonds. Leur

(4) Voir COLIN et CAPITANT, t. II, p. 378 (4^e édit.).

(5) SAVATIER, note D.P. 1922.1.201.

(6) Nancy, 25 fév. 1890, D.P. 1890.2.347 et la note.

(7) Voir GIRAUT : *L'apparence, source de responsabilité*. Thèse. Paris 1937, p. 95 et .. Dans le même sens, RIVAL : *Semaine Jur.* 1939, n° 89 ; RAYNAUD : *Revue Crit.* 1936, p. 589 ; VOIRIN : *Revue Trim.* 1931, p. 299.

croyance, fondée sur l'apparence, ne doit pas être déçue. La demande qu'ils dirigeront contre le bailleur pour les dettes du locataire sera recevable ; elle est la sanction du quasi-délit commis par le propriétaire, en laissant naître et s'accréditer par sa négligence une apparence trompeuse. » (8).

Se plaçant à un point de vue plus général, cet auteur voit, dans la théorie de l'apparence, une application de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (9). Il est vrai qu'il admet une définition très large de la faute, ainsi il y aurait faute « au cas de manquement au simple devoir très général de prudence et diligence que commande la vie en société, un acte accompli sans prendre les précautions voulues est un acte anormal exceptionnel qui doit comme tel entraîner une responsabilité. »

De nombreux auteurs n'admettent pas l'assimilation de la théorie de l'apparence à la théorie de la responsabilité délictuelle.

A propos de l'héritier apparent, ce n'est pas une négligence de l'héritier véritable qui aurait créé la situation de fait génératrice de l'erreur commise par les tiers. En effet, l'erreur commune ne prend pas nécessairement sa source dans la négligence de l'héritier véritable à réclamer ses droits. Même s'il n'y a rien à reprocher à celui-ci, le titre d'acquéreur lui est opposable (10).

La proposition émise par la Cour de Nancy (11) est excessive, car, si elle devait être admise, il ne resterait rien de l'article 1998 C. Civ., suivant lequel le mandant n'est pas tenu des actes faits par son mandataire au delà de ses pouvoirs, il serait toujours obligé par les actes de son mandataire, soit en vertu des règles de la représentation juridique, quand l'acte serait conforme au pouvoir donné par le mandat, soit par l'effet de sa propre faute, en vertu des règles sur la responsabilité civile quand il y aurait faute ou dol du mandataire.

(8) GIRAUT, *op. cit.*, p. 101.

(9) GIRAUT, *op. cit.* p. 75 et s., p. 120 et s.

(10) Voir Req. 20 mai 1935, D.P. 1935.1.97. Note CAPITANT. Rapport du conseiller PILON.

(11) Nancy, 25 février 1890, précité.

Sans doute, il peut arriver que le mandant ait à s'imputer une imprudence ; il peut avoir montré une confiance exagérée ou manqué de clairvoyance, en s'abandonnant à un mandataire déloyal ou infidèle, mais ce n'est pas toujours le cas.

Ce système de l'assimilation a pu rencontrer quelque faveur parce que « la faute civile est une notion fuyante sans contours nettement définis qui s'adapte à la plupart des circonstances, car il n'est guère d'attitudes que l'on ne puisse critiquer » (12).

Nous estimons, aussi, que la théorie de l'apparence est indépendante, et qu'elle ne peut avoir avec aucune autre notion une commune mesure.

La séparation de l'idée d'apparence de l'idée de faute présente un réel intérêt, surtout dans le problème qui nous occupe.

Si l'on admettait l'assimilation, il faudrait, pour retenir la responsabilité du bailleur de fonds de commerce, prouver qu'il a commis un délit ou un quasi-délit, car la fraude ne se présume pas. L'imprécision qui règne sur la meilleure manière de faire la publicité du contrat de location de fonds de commerce rendra souvent difficile à saisir une véritable faute.

La négligence du fournisseur a des effets différents suivant que l'on se place sur le terrain de la responsabilité délictuelle ou sur le terrain de l'apparence (13). Dans la première hypothèse, c'est une faute de la victime de nature à diminuer la responsabilité du bailleur ; pour exonérer le bailleur, il faut apporter la preuve de cette négligence. Dans la deuxième hypothèse, c'est une considération de nature à faire douter, sinon de la bonne foi du défendeur, du moins du caractère commun et invincible de l'erreur qu'il a commise, le bailleur sera exonéré en prouvant simplement que le fournisseur était au courant de la situation.

(12) J.-CH. LAURENT : *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*. Thèse. Caen 1931, p. 10.

(13) Voir P. RAYNAUD : *Revue gén. dr. comm.*, 1939, p. 784.

Si l'on se plaçait sur le terrain de la responsabilité délictuelle, le propriétaire, en cas de location ignorée des tiers, pourrait se décharger en établissant qu'il était de bonne foi, que l'apparence ne résultait pas de son fait, mais de celui du locataire, ou enfin qu'il avait procédé à une certaine publicité, mais que celle-ci, pour une raison quelconque, n'avait pu être portée à la connaissance des tiers et n'avait pu avoir aucune efficacité.

En cas de responsabilité délictuelle, le propriétaire sera responsable sur tout son patrimoine ; le principal intérêt de la théorie de l'apparence est, au contraire, de faire varier l'étendue de la responsabilité avec l'erreur des créanciers.

Cette théorie permet d'arriver à des conséquences qu'un auteur, M. Roure (14), avait déjà envisagées, mais auxquelles il reconnaissait qu'il était impossible d'arriver par la théorie de la responsabilité délictuelle.

Si les créanciers ont cru avoir affaire à un représentant du bailleur (mandataire ou préposé), ils auront les mêmes droits que si le locataire avait pu effectivement engager le propriétaire. Ils seront sur le même plan que les créanciers chirographaires de ce dernier ; ils devront s'incliner devant les créanciers munis d'un privilège ou d'un droit de gage régulièrement conservé. Mais, si le défaut de publicité a eu seulement pour résultat de faire croire aux créanciers que le locataire était propriétaire du fonds, sans que la personnalité du vrai propriétaire ait eu une influence sur le crédit consenti au locataire, le jeu de la théorie de l'apparence permettra aux créanciers de poursuivre leur paiement sur le fonds de commerce sans que la responsabilité du propriétaire s'étende à ses autres biens.

Supposons que les choses se passent ainsi : le fonds est saisi et vendu aux enchères, les créanciers ne sont pas payés intégralement ; s'ils se retournent contre le propriétaire, celui-ci leur répondra : « Je ne vous dois rien d'autre, car si je n'avais pas omis la publication,

(14) ROURE : *Gérance des fonds de commerce*. Thèse. Aix 1929, p. 101.

ou si, du moins, mon locataire avait été le véritable propriétaire du fonds de commerce, vous n'auriez pas encaissé un centime de plus. »

Ainsi serait équilibrée l'idée de la responsabilité avec celle du dommage causé. Avec la théorie de la responsabilité délictuelle, il n'était pas possible de restreindre les poursuites des créanciers du locataire.

M. Roure (15) demandait à la jurisprudence de tenir compte de cette erreur du créancier pour fixer le montant qui serait dû au propriétaire, la loi voulant que les dommages-intérêts soient proportionnés au préjudice subi, et si le préjudice est inexistant, il ne peut être accordé aucune indemnité, quelle que soit la faute ou la gravité de la faute.

Cette solution avait été entrevue par Boutaud et Chabrol (16) ; d'après ces auteurs, la base même que l'on donne aux obligations du propriétaire du fonds devrait servir à en délimiter l'étendue ; les fournisseurs n'ont pas connu le propriétaire, ils n'ont pas pris en considération sa fortune personnelle ; ils se sont uniquement préoccupés de la situation de celui qui occupe le fonds et de la garantie que ce fonds leur donne ; par conséquent, en toute hypothèse, le propriétaire de l'établissement ne devrait pouvoir être recherché par les fournisseurs que jusqu'à concurrence, au maximum, de la valeur de son fonds ; on aboutit ainsi, concluent ces auteurs, à faire du propriétaire une caution réelle de son locataire.

Signalons au passage que plusieurs auteurs ont cru voir là que Boutaud et Chabrol admettaient la responsabilité du propriétaire, parce que celui-ci serait une caution réelle de son locataire. Cette affirmation serait dénuée de toute base juridique. Boutaud et Chabrol ont simplement constaté que les effets de la solution qu'ils proposaient seraient les mêmes que si le propriétaire s'était porté caution réelle.

(15) ROURE, *op. et loc. cit.*

(16) BOUTAUD et CHABROL, n° 484.

La théorie de l'apparence, si elle était admise, ne donnerait action sur le fonds que dans l'hypothèse où la situation véritable serait ignorée ; c'est ce qui la distinguerait de l'action réelle tirée de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, susceptible de jouer, même si les créanciers étaient au courant de la qualité du locataire.

SECTION II

Application de la théorie de l'apparence à la location occulte de fonds de commerce

§ 1. — *L'apparence et la responsabilité du propriétaire à raison des délits et quasi-délits de son locataire*

L'apparence protège la croyance légitime des tiers et les met à l'abri des suites onéreuses d'une erreur invincible ; or, en cas de délit ou de quasi-délict du locataire, le tiers a-t-il été dupe de l'apparence ? Le locataire aurait-il pu commettre le délit ou le quasi-délict, s'il n'avait pas eu l'apparence d'un gérant salarié, et le tiers a-t-il un motif d'invoquer l'apparence ?

La question se complique, du fait qu'un gérant salarié est à la fois un mandataire et un préposé.

Si le locataire est considéré comme un mandataire apparent, le propriétaire du fonds ne doit pas être tenu, en principe ; la règle suivant laquelle le mandataire représente son mandant n'est pas applicable en matière de délits ou de quasi-délits ; dans ce cas, le mandataire est tenu personnellement de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute (1).

Il est fait exception à cette règle lorsque le mandat a été donné dans des conditions telles que le tiers n'a pu en vérifier l'étendue ; s'il est tombé dans l'erreur par le fait même du mandat, il n'est pas

(1) Civ. 25 juin 1889, D. 1890.1.151 ; Req. 12 nov. 1907, D. 1908.1.87.

équitable de le rendre responsable de cette erreur ; de même, lorsque le mandant confie imprudemment au mandataire un blanc-seing, et que celui-ci en abuse pour contracter des engagements excédant la limite de ses pouvoirs.

Le mandant doit alors supporter les conséquences de l'imprudence ou de la négligence qu'il a commise ; bien que n'étant pas le complice du mandataire, il est en faute, tandis que le tiers ne l'est pas ; la perte doit, en conséquence, retomber sur le mandant (2).

Dans ces hypothèses, le délit a été commis à raison du mandat, qui en est, en quelque sorte l'instrument ; si le mandat n'avait pas existé, le délit n'aurait pas été possible.

On est responsable des délits et quasi-délits de son préposé apparent. C'est pourquoi un auteur, M. Voirin (3), estime qu'il n'y a pas lieu de faire brèche à la responsabilité du bailleur en ce qui concerne les délits et quasi-délits civils de son locataire occulte, car celui-ci a pu être considéré légitimement par les tiers comme son préposé apparent. Plusieurs arrêts ont été rendus par la Cour de Cassation sur la question de la responsabilité à raison des délits du préposé apparent ; les liens de commettant à préposé donnant ouverture à la responsabilité civile du commettant peuvent, dans le cas même où ils n'existeraient pas réellement, produire les mêmes effets légaux, au regard des tiers, si ces derniers ont été induits en erreur par le fait du commettant, et ont été conduits à penser que l'agent avec qui ils traitaient avait bien la qualité de préposé (4).

Un arrêt du 24 avril 1914 (Ch. Civ.) (5) décidait, à propos d'un délit commis par un agent d'assurances, que, si en raison de circonstances spéciales, l'assuré trompé avait considéré un agent comme un véritable préposé de la compagnie, celle-ci était responsable des fautes de l'agent.

(2) Req. 14 juin 1847, D. 47.1.332 ; Req. 20 juin 1880, D. 80.1.252 ; Req. 13 fév. 1883, D. 84.1.80.

(3) VOIRIN : *Revue Trimestrielle* 1931, p. 300.

(4) Crim. 19 janvier 1901, D. 1901.1.402.

(5) Civ. 24 avril 1914, D. 1916.1.68.

La Chambre Criminelle, le 3 mars 1923 (6), rendait une décision semblable pour un délit commis par un concessionnaire d'automobiles : un fabricant d'automobiles est civilement responsable de l'abus de confiance commis par un de ses agents concessionnaires du monopole de la vente dans une région déterminée, qui a détourné, au préjudice d'un client, le prix de vente d'une voiture, alors que cet agent a agi comme représentant du fabricant au su de ce dernier, et que le client a été fondé à croire qu'il traitait avec un préposé.

Pourtant, l'agent d'un fabricant n'est pas un préposé de ce dernier, mais bien un commerçant autonome, qui vend, au détail et à son profit, les voitures du fabricant dont il est concessionnaire. Son titre d'agent ne lui confère qu'un monopole de vente dans une certaine région. Le fabricant ne devrait donc pas être responsable civilement des délits commis par l'agent au préjudice de clients qui ne sont pas les siens et n'ont pas traité avec lui.

La Cour de Cassation a admis une opinion contraire, et suivant sa jurisprudence il suffit que la compétence du préposé qui commet un délit soit apparente pour qu'elle entraîne la responsabilité du commettant.

La doctrine justifie ainsi cette tendance : le droit du tiers de rechercher le commettant apparent existe en fonction d'une croyance, croyance légitime qui ne saurait impunément être trompée ; la réalité juridique serait créée, ou du moins développée par l'apparence (7).

La responsabilité du propriétaire de fonds de commerce à raison des délits ou quasi-délits du locataire, qui a l'apparence d'un gérant salarié, devrait varier suivant que ce dernier est pris pour un mandataire ou un préposé, mais, comme nous le verrons, la théorie de l'apparence n'est pas applicable à la location de fonds de commerce.

(6) Crim. 3 mars 1923, D. 1923.1.50 et la note; *Revue Trimestrielle* 1923, p. 774. Commentaire DEMOGUE.

(7) Voir JÖSSERAND: *Cours de droit civ. positif*, t. II (3^{me} édit.), n° 512; note D.P. 1934.1.7.

§ 2. — *L'apparence et la responsabilité du propriétaire à raison des engagements de son locataire*

A. — *Conditions nécessaires pour admettre la théorie de l'apparence :*

Elles sont précisées par un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. des Req.), rendu le 20 mai 1935 (1) sur la question des pouvoirs de l'héritier apparent, mais nous pouvons étendre les termes de cet arrêt à toute situation apparente.

Si les tiers peuvent valablement acquérir des droits en vertu d'une situation apparente, c'est à la condition qu'ils soient de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils aient ignoré la situation véritable, et, en outre, qu'ils aient traité sous l'influence de l'erreur commune. Leur bonne foi individuelle est présumée ; par contre, ils doivent, le cas échéant, prouver l'erreur commune. Lorsque leur mauvaise foi, dont les juges du fond sont souverains appréciateurs, est établie, cette circonstance suffit à détruire tout effet créé par la situation apparente, sans qu'il y ait à rechercher et à prendre en considération soit l'erreur commune, soit toute autre circonstance de la cause.

Pour valider les actes de l'héritier apparent, la Cour de Cassation exigeait que l'erreur commune ait été invincible (2).

« La théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime... *Jus vigilantibus scriptum est...* Pour savoir si une situation de fait donnée est suffisamment caractérisée pour légitimer une croyance erronée, on se réfère à la diligence moyenne des individus, appréciée en tenant compte des usages. » (3). D'après l'auteur de ces lignes, M. Voirin, il n'y aurait apparence que si la situation de fait est assez caractérisée pour tromper un individu de diligence moyenne, qui examine lui-même

(1) Req. 20 mai 1935, D.P. 1935.1.97, note CAPITANT, rapport du conseiller PILON.

(2) Req. 3 juillet 1877, D.P. 77.1.420; Civ. 26 janvier 1897, D. 1900.1.34.

(3) VOIRIN, note D.P. 1929.1.82 sous Bordeaux, 10 décembre 1928,

attentivement la situation en face de laquelle il se trouve. C'est à cette condition que l'erreur devient invincible.

L'expression d'erreur invincible ne se trouvant pas dans un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. des Req.) du 6 mai 1930, où il est seulement question de bonne foi et d'erreur commune, M. J.-Ch. Laurent (4) demande ce qu'il faut conclure de cette atténuation. Il serait, sans doute, difficile, indique-t-il, de préciser les conséquences que comporterait cette modification de terminologie dans des hypothèses pratiques choisies au hasard. Néanmoins, conclut cet auteur, le présent arrêt révèle un état d'esprit sinon absolument nouveau du moins plus libéral que celui régnant auparavant.

C'est à tort, observe le conseiller Pilon, dans le rapport qui précède l'arrêt du 20 mai 1935 (5), que M. J.-Ch. Laurent a cru voir, dans la suppression du mot « invincible », un revirement ou tout au moins une atténuation de la jurisprudence de la Cour de Cassation ; l'arrêt de 1930 est simplement conforme à la très grande majorité des arrêts antérieurs ; le mot « invincible » ne se trouve que dans deux arrêts (6).

Tous les autres arrêts visent uniquement l'erreur commune (7).

Le mot « invincible » ne fait qu'apporter une précision de plus. Par exemple dans la question des actes de l'héritier apparent, ce que veut la jurisprudence c'est que l'acquéreur se comporte en homme prudent et diligent, et fasse tout ce qu'il peut pour s'assurer qu'il traite bien avec l'héritier, car si cette recherche fait naître quelque doute dans son esprit sur la qualité de l'aliénateur, il doit s'abstenir : « La protection de la loi ne va qu'à ceux qui se comportent avec vigilance... *Jura vigilantibus.* »

C'est pourquoi il faut regretter que l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 mai 1935 n'ait pas ajouté à l'erreur commune l'épi-

(4) J.-CH. LAURENT, note D.P. 1931.1.43, sous Req. 6 mai 1930.

(5) Req. 20 mai 1935, précité.

(6) Req. 3 juillet 1877 et 26 janvier 1897, précités.

(7) Voir Civ. 26 fév. 1867, D.P. 67.1.75; Req. 4 août 1875, D.P. 76.1.123; Civ. 13 mai 1879, D.P. 79.1.417; Req. 4 août 1885, D.P. 86.1.310.

thète « invincible », pour bien témoigner de la vigilance dont l'acquéreur doit faire preuve.

On donne de l'invincibilité le critère suivant (8) :

« Les juges du fait déclarent l'erreur invincible lorsque, se mettant au lieu et place de celui qui s'est trompé, ils supposent qu'ils n'auraient pas eux-mêmes échappé à l'erreur. »

L'erreur, pour produire quelque effet, doit être commune. Quand pourra-t-on dire qu'une erreur est commune ? M. Loniewski (9) donne la réponse suivante : « L'erreur commune se ramène toujours à une erreur individuelle. C'est une bonne foi de nature spéciale, mais c'est une foi. » Pour M. J.-Ch. Laurent, « il est absurde de s'arrêter à un critérium purement objectif, ayant pour base le nombre plus ou moins élevé de ceux qui ont cru régulière la situation apparente ; il est, en effet, impossible de fixer raisonnablement à partir de quel nombre une erreur deviendrait commune (10). Selon cet auteur, la doctrine et la jurisprudence auraient adopté le terme d'erreur invincible pour remplacer celui d'erreur commune, et ces deux termes seraient « le résultat d'un artifice de raisonnement et de terminologie ; par suite, il est vain de rechercher minutieusement ce qu'ils recouvrent ».

Le seul problème à résoudre est de savoir si l'erreur du tiers qui invoque l'apparence est ou non excusable ; il appartient aux juges du fond de rechercher dans chaque espèce si l'erreur revêt ce caractère.

B. — *Possession apparente du fonds de commerce par le locataire. Comparaison avec la situation de l'héritier apparent.*

Il se peut que le locataire soit considéré non plus comme un mandataire, mais comme un propriétaire du fonds. Les créanciers

(8) Voir H. MAZEAUD : *La maxime « Error communis facit jus »* (Revue Trimestrielle 1924, p. 936).

(9) LONIEWSKI : *Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit jus »*. Thèse, Aix 1905, p. 108.

(10) J.-CH. LAURENT : Thèse. Caen 1931, précitée p. 310.

peuvent-ils invoquer cette apparence pour obtenir le droit de saisir et de faire vendre le fonds à leur profit ?

Cette situation est quelque peu voisine de celle de l'héritier apparent. Les actes de celui-ci sur la succession, tels que l'hypothèque d'un immeuble ou une aliénation, sont valables exactement comme s'ils avaient été passés par l'héritier véritable. L'héritier et le locataire se trouvent tous deux à la tête d'une universalité.

Mais il existe, entre les deux situations, des différences notables : on n'a jamais mis en doute la validité des contrats de fournitures passés par un locataire considéré comme propriétaire du fonds. La seule question qui se pose est de savoir si la passation de ces actes doit avoir une quelconque répercussion sur le fonds.

Les créanciers chirographaires d'un héritier apparent ont-ils un droit sur la succession du seul fait qu'ils l'ont considérée comme faisant partie du patrimoine de leur débiteur ? (1).

Si l'on admettait que les créanciers chirographaires du propriétaire apparent ont le droit de saisir le fonds, il faudrait admettre que ce dernier pourrait valablement consentir une aliénation ou un nantissement du fonds de commerce, et que la possession apparente serait suffisante pour valider ces actes.

La Cour de Cassation (Ch. Civ.) a jugé, dans un arrêt du 26 janvier 1914 (2), que la règle de l'article 2279 C. Civ. : « En fait de meubles, possession vaut titre », ne s'applique pas aux fonds de commerce qui sont des meubles incorporels, et on ne peut pas se prévaloir du droit accordé par l'article 2279 C. Civ., lorsqu'on traite même de bonne foi avec le propriétaire apparent d'un fonds de commerce.

(1) On ne peut pas assimiler complètement les créanciers chirographaires d'un héritier apparent aux créanciers chirographaires du propriétaire d'un fonds de commerce parce que ces derniers ont traité surtout en considération du fonds; de plus ils n'acquièrent pas seulement un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur; ils acquièrent en outre, ou croient acquérir, un droit d'opposition sur le prix de vente.

(2) Civ. 26 janvier 1914. D.P. 1914.1.112 et la note.

Pour justifier cette décision, l'annotateur invoque les idées suivantes : la possession d'un fonds de commerce ne peut pas être réelle, car une telle possession ne peut s'appliquer qu'à une chose corporelle qui est détenue matériellement par le possesseur ; la règle de l'article 2279 C. Civ. ne s'applique pas aux meubles incorporels (3) ; le fonds de commerce ne constitue en aucune façon un bien corporel, il forme un ensemble de droits qui ne peuvent être l'objet d'une tradition matérielle et réelle ; il est une universalité composée d'éléments divers, corporels ou incorporels, et cette universalité, distincte des éléments qui la composent, est incorporelle.

M. Demontès (4) repousse l'application de la théorie de l'apparence à notre sujet, en termes catégoriques : « C'est là une erreur grossière ; la théorie de l'apparence n'a rien à faire en cette matière. On la comprend dans le domaine des meubles corporels où l'apparence matérielle de la propriété, révélée par la possession, crée un titre juridique (article 2279), parce qu'en ce qui concerne les biens corporels mobiliers il est normal que la possession rejoigne la propriété, et que le cas anormal est au contraire la dissociation de la possession et de la propriété. De plus, pour ces mêmes biens mobiliers corporels, la possession se manifeste extérieurement par une série d'actes ou de faits qui ne peuvent être mis en discussion. On est fondé à faire foi à ces situations de fait. Il en va autrement en ce qui concerne les biens incorporels, et spécialement ce meuble incorporel spécial qu'est le fonds de commerce. Pour ceux-ci, il n'y a pas de possession au sens juridique du mot, car on ne possède que le corporel (ou les droits incorporés dans un titre). Ici, le droit est susceptible de contredire le fait, la propriété d'être dissociée de la possession ou de ce qui peut lui être assimilé, c'est-à-dire du pouvoir de fait sur la chose. Ici, par conséquent, les tiers sont en faute de faire foi à une prétendue apparence, et les tribunaux ont tort de leur donner satisfaction quand ils l'invoquent purement et simplement. »

(3) Il existe en effet quelques décisions en ce sens. Voir Civ. 1^{er} juillet 1896, D.P. 98.1.397; Req. 4 novembre 1902, D.P. 1903.1.44.

(4) DEMONTÈS: « Examen de jurisprudence » (*Revue Crit.* 1937, p. 35).

Le seul fait pour un bien d'être incorporel n'empêche pas de faire jouer la théorie de l'apparence ; on applique notamment cette théorie aux titres nominatifs, aux créances à ordre, aux créances à personne dénommée (5), et sur ce dernier point, d'après l'article 1240 C. Civ., le paiement fait de bonne foi par un débiteur est libératoire à son égard, bien qu'il ait payé entre les mains d'un simple possesseur de la créance. Les auteurs (6) voient dans l'article 1240 une application de la théorie de l'héritier apparent.

Pour de nombreux auteurs (7), le caractère incorporel du fonds de commerce serait une conséquence de l'idée d'universalité.

En réalité, le caractère incorporel du fonds de commerce provient d'un artifice de la jurisprudence qui l'a établi pour en permettre la mise en gage sans dépossession avant les lois des 1^{er} mars 1898 et 17 mars 1909 (8).

Ce point, admis à l'époque pour les besoins de la cause, n'a plus fait, depuis la loi du 17 mars 1909, l'objet de discussion, une telle discussion ne présentait plus d'intérêt, sauf toutefois sur une question de procédure qui est la détermination des limites de la compétence respective des notaires et des commissaires-priseurs en ce qui concerne la vente des fonds de commerce (9) ; la compétence se détermine par l'importance respective des éléments qui composent le fonds ; elle appartient aux notaires lorsque les éléments incorporels sont prépondérants ; elle appartient aux commissaires-priseurs dans le cas inverse.

(5) Cf. J.-CH. LAURENT. Thèse précitée, p. 58.

(6) AUBRY et RAU, t. IV, paragr. 317 (5^{me} édit.) ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : *Les obligations*, t. II, n° 446 ; LAURENT, t. XVII, p. 530.

(7) Sur cette question, voir GOMBEAUX : *Notion juridique de fonds de commerce*. Thèse. Caen 1901 ; GARY : *Essais sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*. Thèse. Bordeaux 1931 ; PAPP : *Nature juridique du fonds de commerce*. Thèse. Paris 1935.

(8) Cf. MAGNIN : « Essai sur le nantissement des fonds de commerce » (*Ann. droit comm.* 1899, p. 387). — Voir les décisions rendues sur ce point, énumérées dans un arrêt de la Cour de Besançon du 20 mars 1901, D.P. 1901.2.97.

(9) Voir *Rép. prat.* DALLOZ : V° « Fonds de commerce », n° 472.

La possession d'un fonds de commerce est, selon quelques auteurs, tout à fait concevable.

Elle est ainsi définie : « En matière de louage de choses, le locataire a une possession imparfaite, une possession *animo locatoris* qui est tout de même un droit sur la chose. Si l'on transpose cette conception en matière de fonds de commerce, les difficultés s'en trouvent accrues, du fait que le locataire aura, lui aussi, une emprise sur le fonds, mais qu'aux yeux des tiers il y aura équivoque sur sa véritable qualité. » (10).

La possession étant en réalité une maîtrise de fait exercée sur la chose, il est tout à fait raisonnable d'admettre qu'un fonds puisse être possédé par un tiers, c'est-à-dire administré par un autre que son propriétaire. L'opinion traditionnelle qui soustrait les choses incorporelles au domaine de la possession n'est qu'un legs de l'époque ancienne où la propriété se confondait avec son objet ; la possession supposait toujours un contact matériel avec une chose ; cette opinion est insoutenable en matière de fonds de commerce (11).

Les opinions de ces deux derniers auteurs nous paraissent bien fondées. En effet, le Code Civil (article 2228) donne de la possession la définition suivante : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » Le locataire du fonds de commerce en a donc bien la possession.

Le fait que le fonds de commerce est un meuble incorporel n'empêche pas, à lui seul, l'application de la théorie de l'apparence à notre sujet ; si une telle théorie ne doit pas s'appliquer à la location occulte de fonds de commerce, c'est pour d'autres raisons que nous allons exposer.

(10) P. RAYNAUD : *Revue Crit.* 1936, p. 557.

(11) Voir P. MAGNIN : *Ann. droit comm.* 1899, p. 392.

C. — *Impossibilité d'étendre la théorie de l'apparence à la location occulte de fonds de commerce.*

« Malheureusement, écrit M. Ripert (1), il n'y a pas, en droit français, de théorie de l'apparence qui soit assez nettement construite pour qu'on puisse chercher des applications nouvelles à l'aide des principes qu'elle fournirait. »

La jurisprudence s'est montrée très sévère avant d'accepter les solutions tirées d'une telle théorie.

L'erreur sur la qualité du locataire n'est pas invincible ; on peut exploiter un fonds de commerce à un tout autre titre que celui de propriétaire, et il appartient au créancier de s'assurer de la solvabilité de son débiteur et de la réalité de sa propriété plus ou moins apparente d'un fonds.

« On ne pourrait le soutenir que si le contrat de location était tellement exceptionnel qu'il y aurait, de la part du tiers, une erreur invincible, mais il n'en est rien, un tel contrat est usuel ; le fournisseur croit peut-être de bonne foi s'adresser au représentant du propriétaire ; c'est là une erreur individuelle due souvent à une faute, ce n'est pas l'erreur commune et invincible. » (2).

Le créancier, qu'il ait cru que le locataire était un gérant salarié ou un propriétaire, avait un moyen de se confirmer dans cette supposition : c'était de consulter le Registre du Commerce. En vertu de l'article 4-11° de la loi du 18 mars 1919, la nomination d'un fondé de pouvoir et, par conséquent, d'un gérant salarié, doit figurer au Registre du Commerce. Si le locataire ne figure sur ce Registre ni au titre de propriétaire, ni au titre de fondé de pouvoir, des soupçons devraient naître dans l'esprit du créancier.

L'une des conditions nécessaires pour faire jouer cette théorie est l'absence de faute des tiers : « On ne concevrait pas une protection accordée à celui qui a traité inconsidérément... Le tiers doit avoir fait

(1) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(2) RIPERT, note précitée.

preuve de diligence pour éviter les risques d'erreur ; par conséquent, si l'*errans* a omis de prendre des précautions, il s'est rendu coupable d'une négligence ou d'une imprudence qui entraîne sa responsabilité personnelle et ne permet pas de le faire bénéficier de l'excuse de bonne foi. » (3).

L'erreur n'est plus excusable si les tiers avaient la possibilité de contrôler le bien-fondé de leurs soupçons. Nous estimons qu'il est impossible à un fournisseur diligent d'ignorer la situation de son débiteur, même en l'absence de publicité, car rien ne l'empêche de demander des renseignements à l'intéressé lui-même.

Le tiers n'est pas en droit d'invoquer l'apparence, quand il avait à sa disposition des moyens normaux d'investigation (4), même si ces moyens n'avaient pas eu pour résultat de lui faire connaître la situation véritable, mais simplement de faire naître un doute dans son esprit. Aucun usage n'interdit à un commerçant de se renseigner sur son débiteur éventuel, bien au contraire.

Le fournisseur ne serait excusable que si le locataire refusait de lui fournir des précisions, ou s'il était l'objet de manœuvres frauduleuses de la part du locataire ou du propriétaire.

D'après un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 27 juin 1923 (5), en pareil cas on serait en droit d'invoquer l'apparence : « Les manœuvres frauduleuses ont été totalement ignorées de D... et de F..., dont la bonne foi est évidente ; même si ceux-ci avaient pu concevoir des doutes sur la véracité de la signature de la vendeuse, ils ne disposaient d'aucun moyen pour en contrôler l'exactitude... »

Toutefois, on admet la responsabilité du concubin envers les fournisseurs de sa maîtresse, qui avait l'apparence d'une épouse, bien que les créanciers soient en mesure de se renseigner ; pourtant, on ne peut pas dire qu'il y ait erreur invincible des tiers. Comme le fait

(3) GIRAUT: Thèse. Paris 1937, précitée p. 145.

(4) Cf. J.-CH. LAURENT: Thèse. Caen 1931, p. 316.

(5) Seine Civ. 27 juin 1923; Gaz. Pal. 1923.2.289 (1^{re} espèce).

remarquer un auteur, M. Peytel (6), la jurisprudence admet qu'une servante est investie d'un mandat tacite et engage son maître par les commandes qu'elle passe en son nom, nécessitées par l'entretien de la maison. Il serait injuste de reconnaître à la cuisinière ce qu'on refuse à la concubine, surtout, poursuit cet auteur, lorsque l'esprit de la loi permet d'accorder le mandat là où il y a cohabitation.

On ne peut pas obliger les tiers à se livrer à une enquête personnelle sur la situation civile et la conduite privée de leurs clients ; une telle exigence constituerait une grave entrave au commerce ; on se heurterait à des difficultés pratiques considérables. « Dans les grandes villes, surtout, il est impossible de savoir si les acheteurs qui fréquentent les magasins sont mariés ou non, et il serait inélégant de leur réclamer la production de leur livret de famille. Un boutiquier qui se livrerait à de telles facéties ne tarderait pas à voir sa clientèle diminuer. » (7).

Les fournisseurs se trouvent dans l'impossibilité morale de demander à la concubine des précisions sur son état : « Les tribunaux ont posé, en principe, que les fournisseurs n'ont pas à s'enquérir de la situation matrimoniale de la femme. Il n'est pas dans les mœurs de demander de telles justifications, c'est moralement impossible ; le commerçant qui ferait des enquêtes sur l'état civil de ses clients ne tarderait pas à voir ses commandes diminuer, car personne ne supporterait ce genre d'investigations quelque légitime qu'elle fût. Les fournisseurs sont obligés de suivre la foi de leurs clients et de les supposer mariés lorsqu'ils le prétendent. » (8).

Le Tribunal de Paix de Nogent-sur-Marne, dans son jugement du 28 janvier 1910 (9), avait donné une justification analogue : « Les tiers, avant de contracter, ne peuvent exiger de ceux avec qui ils traitent, qui ne manqueraient pas d'ailleurs de trouver la question au moins indiscrete, s'ils ont ou non un livret de famille. »

(6) PEYTEL : *L'union libre devant la loi*. Thèse. Paris 1905.

(7) GIRAUT : Thèse précitée p. 41.

(8) GIRAUT : Thèse précitée p. 150.

(9) Trib. paix Nogent-sur-Marne, 28 janvier 1910. *Gaz. Pal.* 1910.1.397.

Au contraire, un fournisseur d'exploitant de fonds de commerce peut se renseigner facilement sur la situation de son débiteur, soit en demandant des renseignements à ce dernier, soit en s'adressant à des organismes officiels ou privés (greffe du Tribunal de Commerce, banques, etc.). D'ailleurs, tout fournisseur, avant de livrer des marchandises à crédit, devrait chercher à savoir s'il existe un nantissement sur le fonds ; on lui ferait connaître, en même temps, la véritable qualité de l'exploitant.

Le doute exclut le caractère excusable de l'erreur, car celui qui a soupçonné que la situation apparente ne correspondait pas à la situation réelle n'a pas commis une erreur ; il a commis une négligence, celle de n'avoir pas précisé ses soupçons. C'est ce qui avait été admis par le Tribunal Civil de la Seine à propos du concubinage (10) : « Les demandeurs ont loyalement reconnu que, dès les premières commandes, ils avaient soupçonné que les défendeurs n'étaient pas mariés ; dans ces conditions, il échet de déclarer mal fondée la demande. »

La jurisprudence a étendu cette théorie à la livraison de marchandises au locataire d'un fonds.

Elle attache une très grosse importance au fait de facturer les marchandises au locataire ; et ce fait, d'après de nombreuses décisions, indiquerait que les fournisseurs ne considéraient pas le locataire comme un mandataire ou un préposé.

Ainsi, la Cour de Paris (11^e ch.) jugeait, le 23 février 1932 (11), que les fournisseurs ne sauraient se prévaloir de ce qu'ils considéraient le locataire comme un préposé ou un mandataire, s'ils ont toujours ignoré le propriétaire dont le nom n'a jamais figuré sur aucune enseigne ou papier commercial, s'il résulte de leur propre

(10) *Seine Civ.* 10 déc. 1901, D.P. 1904.2.238. Dans le même sens J.-CH. LAURENT. Thèse précitée, p. 316.

(11) Paris (11^e Ch.), 23 février 1932, *Gaz. Pal.* 1932.1.950, sous-note (a). Dans le même sens, Paris (11^e Ch.), 7 juin 1930, *Gaz. Pal.* 1932.1.958; Trib. com. Roubaix, 12 oct. 1931.1.859; Trib. com. Saint-Etienne, 24 nov. 1932, *Gaz. Pal.* 1933.2.133, sous-note (b); Trib. com. Charleville, 11 mai 1932, *Gaz. Pal.* 1934.2.296; Paris (14^e Ch.), 18 nov. 1935, *Gaz. Pal.* 1936.1.61.

correspondance, devis, factures et traites tirées par eux sur le locataire qu'ils le considéraient comme propriétaire, et non comme mandataire ; on ne saurait voir là, surtout de la part de commerçants avisés, une simple erreur dans les écritures ; d'autre part, les fournisseurs ne peuvent pas prétendre que le mot « directeur » figurant sur le papier à lettre de l'établissement, sans indication de propriétaire, leur permettait bien de ne voir en leur contractant qu'un gérant.

Le Tribunal de Commerce de la Seine lui-même, pourtant si sévère envers les bailleurs de fonds de commerce, estimait que le fournisseur ne pouvait ignorer la véritable qualité du locataire, lorsque les factures ont été libellées au nom de ce dernier, les traites tirées sur lui et présentées à son acceptation ; et que l'ensemble des opérations commerciales intervenues établit à l'évidence que le fournisseur entendait traiter avec le locataire ; et qu'il a ainsi manifesté sa volonté de courir le risque dont il a été victime par la suite (12).

Le propriétaire du fonds doit être exonéré, même si on considère ses rapports avec l'exploitant, non comme une association en participation, mais comme un mandat de gérance de fonds. En effet, la souscription de billets, titres constituant des emprunts, est au premier chef un acte exorbitant du mandat général d'administration du fonds de commerce ; il est impossible que le créancier n'ait pas son attention éveillée en voyant, dans deux mois à peine, l'exploitant lui demander de lui consentir quatre emprunts successifs ; il ne serait pas excusable de ne s'être pas assuré que l'exploitant avait, dans cette hypothèse, pouvoir ou non d'emprunter ; et s'il ne l'avait pas comme fondé de pouvoir, il lui était encore moins possible de l'avoir comme directeur-gérant, qualité qu'il a prise sur les billets ; enfin, la seule dénomination de cette qualité doit suffire à préciser les fonctions pour ainsi dire matérielles qui lui sont conférées à ce titre (13).

Pour qu'un acte puisse être considéré comme fait dans les limites du mandat, il faut qu'il rentre dans le rôle et les fonctions du manda-

(12) *Seine Comm.* 4 mai 1933 ; *Gaz. Pal.* 1933.2.131.

(13) *Rennes*, 4 nov. 1924. *Gaz. Pal.* 1925.1.217.

taire, ou que les tiers aient pu croire que celui-ci possédait les pouvoirs étendus qu'il s'attribuait.

Un arrêt de la Cour d'Amiens (14) jugeait en sens contraire des décisions précédemment citées que le fait d'avoir facturé les marchandises au nom du locataire ne prouve nullement que le créancier connaissait la qualité de ce dernier.

Un jugement du Tribunal de Commerce de Toulouse (15) est dans le même sens, mais dans cette espèce le tiers croyait être en face d'un propriétaire du fonds ; il a facturé au nom du véritable propriétaire, lorsque celui à qui il avait livré les marchandises lui a affirmé n'être que le gérant.

Un locataire dénommé Anquetil devait être considéré comme un mandataire du propriétaire (Chandru), bien que les factures imprimées par Anquetil aient porté l'en-tête suivante : « Boulangerie Anquetil, ancienne maison Chandru » (16). La solution était excessive ; le jugement fut d'ailleurs infirmé en appel.

Le principal intérêt de l'apparence est, selon la terminologie de M. Demogue (17) de sacrifier la sécurité statique à la sécurité dynamique. Aussi, on pouvait penser que l'apparence pouvait s'appliquer à la location de fonds de commerce demeurée occulte. Nous sommes d'un avis contraire, que nous nous sommes efforcé de justifier.

Les gérances salariées ne se présentent à peu près uniquement que pour l'exploitation de fonds appartenant à de grandes sociétés possédant des succursales multiples. Dans le commerce de détail courant, il est rare de voir des employés à la tête de l'exploitation. C'est presque toujours le commerçant lui-même, son épouse, ou un de ses parents proches, qui tient la caisse. Dans les succursales, il en est autrement, car le propriétaire de la succursale peut avoir indirectement un contrôle sur la caisse, surtout par l'entrée et la

(14) Amiens, 8 mai 1934. S. 1934.2.171.

(15) Toulouse Comm. 3 déc. 1930; Gaz. Pal. 1931.1.355.

(16) Pontoise Comm. 8 nov. 1928, rapporté par Paris (6^e Ch.), 26 janvier 1932; Gaz. Pal. 1932.1.958.

(17) DEMOGUE: *Notions fondamentales de droit privé*. Paris 1911, p. 63.

sortie des marchandises ou par les références portées sur les étiquettes ; dans les magasins à prix unique, les employés chargés de la vente tiennent chacun une caisse, mais, outre l'inscription des recettes sur des machines enregistreuses, ils sont tenus de dresser des inventaires fréquents et minutieux des marchandises qu'ils doivent vendre.

Dans les fonds de commerce ordinaires, lorsqu'il arrive qu'un employé tient la caisse, le commerçant prend une telle série de précautions visibles qu'il est impossible de se tromper sur la qualité exacte de cet employé.

Au cours de notre travail, nous avons vu qu'aucun des motifs invoqués pour retenir la responsabilité du bailleur de fonds de commerce envers les créanciers non payés de leur locataire n'a de base juridique réelle. On aboutirait à sacrifier les intérêts de l'une ou l'autre des parties en présence. Les principes actuels du droit sont insuffisants pour résoudre ce problème. Un essai avait été tenté pour modifier ces principes ; on avait élaboré la théorie de l'action réelle tirée de l'interprétation de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909, qui n'était autre qu'une application au bail du fonds de la théorie du patrimoine d'affectation. Cette institution étrangère au droit français ne pouvait manquer d'être repoussée.

Le problème doit être résolu dans le cadre du droit français actuel, en assouplissant les institutions juridiques existantes pour les mettre en conformité avec des besoins nouveaux.

CONCLUSION

COMMENT RÉSOUDRE LE PROBLÈME SUR LE PLAN LÉGISLATIF

§ 1. — *Nécessité d'une intervention du législateur*

Seule l'intervention du législateur peut mettre fin à l'incertitude actuelle et aux inconvénients qui en résultent.

Tous les auteurs sont d'accord pour la demander. L'un d'entre eux (1) admet que la théorie de l'apparence pourrait être mise en jeu pour retenir la responsabilité du propriétaire de fonds ; il repousse toute intervention du législateur dans le domaine de cette théorie, mais fait une exception en faveur du contrat de location de fonds.

Les commerçants ne sont pas des juristes, et il leur est parfois difficile de faire une distinction entre des situations qui se ressemblent extérieurement. Dans le commerce, le besoin de rapidité est particulièrement impérieux. Les fournisseurs ont la faculté, il est vrai, de demander des précisions au locataire lui-même ; mais de telles mesures trop souvent répétées seraient susceptibles de créer une atmosphère de méfiance capable de nuire aux rapports qu'ils auraient avec leur débiteur éventuel.

C'est pourquoi il est à souhaiter que le législateur édicte des règles positives, claires, simples à suivre et prises dans le cadre du droit commun.

(1) GIRAUT : Thèse. Paris 1937, précitée p. 155.

Il faudrait s'abstenir, surtout, dans le texte législatif, de faire usage des mots de gérance libre et de gérance-location.

La location conduit, écrit M. Ripert (2), « à cette situation étrange de l'exploitation d'un fonds sans aucune responsabilité pour celui qui le fait ainsi exploiter, et sans que les tiers sachent lequel des deux, du propriétaire ou du locataire, est le véritable exploitant. La moindre servitude foncière doit être révélée au public par une transcription, tandis que de telles situations juridiques restent occultes, parce que le fonds de commerce n'a pas de statut juridique. La Cour de Cassation a donné les solutions qu'elle devait donner, puisque tout se passe actuellement dans le jeu des contrats. Mais la propriété des fonds de commerce a aujourd'hui une telle importance qu'il ne serait pas inutile de lui accorder un statut légal. »

Le législateur ferait bien de préciser que tous les usages relatifs à la location, et antérieurs à la loi promulguée, seraient abrogés. Cette disposition aurait l'avantage d'éviter toutes controverses analogues à celles qui sont nées après la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement (3) ; la mesure prévue par cette loi était-elle suffisante, ou bien cette loi était-elle venue seulement ajouter une formalité nouvelle à celle que l'on avait l'habitude d'exiger auparavant ? La discussion aurait été évitée, si le législateur s'était prononcé clairement sur la question.

§ 2. — *Publicité à prescrire*

1^o *Organisation de cette publicité :*

En 1930, M. E. Faure (4) déposait une proposition de loi tendant à rendre publique par une mention au registre du commerce la dation à bail du fonds de commerce, en indiquant les nom, prénoms, état civil, nationalité et domicile des locataires, et la durée du contrat

(2) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

(3) Cf. *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1903 (2^{me} partie), p. 218.

(4) Proposition EMMANUEL FAURE : « Doc. parlem. », annexe au *Journal Officiel* n° 3808, sess. ord. 1930, p. 1381.

de location. Cette proposition est restée lettre morte. Les sanctions applicables étaient celles de la loi du 18 mars 1919.

Il faudrait déterminer avec soin la publicité à prescrire, car on se trouve devant un dilemme : si l'on ne publie pas la location, ou si on lui donne une publicité insuffisante, le public est trompé ; ou bien, si on lui donne une trop large publicité, du même coup on porte atteinte au crédit du locataire.

M. Dupré (5) avait préconisé l'adoption d'une mesure susceptible de rendre efficace toute publicité au Registre du Commerce : « Le propriétaire d'un fonds de commerce qui le donne en location libre est tenu de faire, dans les quinze jours de la date de l'acte, et après son enregistrement au greffe du tribunal compétent, une déclaration modificative de son immatriculation énonçant sommairement les clauses pouvant intéresser les tiers. A défaut de cette déclaration, le propriétaire sera réputé avoir conservé lui-même l'exploitation, et le propriétaire n'être que son préposé. »

La publicité la plus efficace, à notre avis, est celle préconisée par la Société d'Etudes Législatives (6). Elle comprend :

1° Une publicité au *Bulletin* annexe du *Journal Officiel*, où sont déjà publiées les ventes de fonds de commerce, et un extrait de l'acte de location ou de location-vente précisant les noms des parties et indiquant les principales clauses ;

2° Le dépôt au greffe du Tribunal de Commerce d'un exemplaire de l'acte de location ou de location-vente, avec possibilité pour les tiers d'en prendre connaissance, et en même temps inscription sur un registre spécial daté et numéroté. Ce dépôt et ce registre assureraient une publicité plus complète qu'une simple insertion au Registre du Commerce forcément très abrégée, mais qu'il convient cependant d'instituer également pour donner aux tiers une connaissance facile et pour ainsi dire automatique des conventions relatives au fonds de commerce ;

(5) DUPRÉ : *Journal des Notaires* 1936, p. 773.

(6) *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1936, p. 56.

3° L'inscription au Registre du Commerce, tant au nom du propriétaire du fonds qu'au nom du locataire, avec indication de la date de l'acte et référence au registre spécial.

Cette publicité serait prescrite par un article additionnel à l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, soumis sous la forme suivante à la Société d'Etudes Législatives :

« ART. 3 *bis*. — Un exemplaire original de tout acte ou écrit quelconque, constatant une location, une location-vente ou une promesse de vente de fonds de commerce, dans quelque condition que ce soit, et sous quelque forme que ce soit, même d'un autre contrat, sera, dans le mois de la date des conventions et à la diligence de l'une ou de l'autre des parties contractantes, déposé au greffe du Tribunal de Commerce du lieu où est situé le fonds ; communication du dit acte pourra être exigée par tout créancier du propriétaire ou du locataire du fonds.

« En outre, un extrait du dit acte ou écrit sera, dans le même délai d'un mois, et à la diligence des mêmes parties, publié dans le bulletin spécial des ventes de fonds de commerce et dans un journal d'annonces légales du lieu où est situé le fonds. Cet extrait comprendra les nom, prénoms et domicile des parties, la nature et le siège du fonds de commerce, la nature des conventions passées à son propos et la date et le numéro du dépôt au greffe du Tribunal de Commerce.

« Enfin, et toujours dans le même délai d'un mois, mention sera faite au Registre du Commerce, tant au nom du propriétaire qu'au nom du locataire, de la date et de la nature de l'acte et du nom de l'autre partie. » (7).

Selon l'expression du rapporteur du projet soumis à la Société d'Etudes Législatives, le Registre du Commerce devient en quelque sorte le registre de l'état civil des fonds de commerce ; il faut, de plus en plus, amener les commerçants à le consulter ; toutefois, beaucoup de commerçants négligent encore de le faire.

(7) Cette dernière disposition devrait plutôt prendre place dans la loi du 18 mars 1919.

Un auteur (8) adresse à la publicité au Registre du Commerce les reproches suivants : 1° la délivrance d'une copie d'immatriculation demande beaucoup de temps, surtout quand il s'agit d'un commerçant n'habitant pas dans le ressort du domicile du fournisseur ; 2° le renseignement n'est pas très économique, surtout lorsqu'il s'agit d'une petite commande ; 3° les renseignements fournis par le Registre du Commerce ne sont pas très sûrs, car les immatriculations ne reproduisent pas toujours très fidèlement la vie commerciale d'un individu.

Si le Registre est un moyen d'information mis à la disposition de quiconque, les affaires seraient rendues difficiles, si chaque commande exigeait un contrôle du greffe où est immatriculé le client éventuel souvent établi dans une autre ville que le fournisseur (9).

Nous répondrons à ces objections que tout commerçant devrait s'enquérir, avant de traiter à crédit, s'il existe un nantissement sur le fonds de son débiteur éventuel ; l'organisme officiel, à qui il poserait la question lui indiquerait en même temps si l'exploitant de ce fonds en est locataire ou propriétaire. D'ailleurs, il suffit au fournisseur de se renseigner pour la première commande.

Quelques membres de la Société d'Etudes Législatives (10) avaient demandé qu'on prescrive l'indication de la qualité de locataire sur les papiers de ce dernier. On a objecté que cette proposition aurait pour effet de rendre le titulaire du fonds juge de la formule à inscrire, il pourrait se tromper de bonne ou de mauvaise foi. On a été arrêté aussi par la difficulté de sanctionner une telle mesure, la seule sanction efficace pour les tiers étant la responsabilité du propriétaire, il est impossible que celui-ci surveille constamment le papier à lettre de son locataire. Cette dernière objection n'est pas insurmontable, car on aurait pu prévoir des sanctions préventives, par exemple une amende pour le locataire, ou encore la condamnation

(8) RIVAL : *Semaine Juridique* 1939, n° 89.

(9) Voir BUISSON : *Statut légal du fonds de commerce*, p. 207.

(10) Voir *Bulletin Soc. Et. Législat.* 1936, p. 61. Dans le même sens, RAYNAUD : *Revue générale de droit comm.* 1939, p. 784.

pour banqueroute simple en cas de faillite ; ces sanctions n'auraient pas augmenté le gage des créanciers du locataire, mais auraient eu l'avantage d'inciter ce dernier à la publicité prescrite.

Cette publicité sur les papiers commerciaux aurait certainement pour effet de couper tout crédit au locataire ; s'il est bon que les fournisseurs connaissent la situation de leur débiteur éventuel, il est inutile de leur rappeler constamment que celui-ci n'offre qu'un crédit restreint ; il semblerait qu'on rappelle aux créanciers que, chaque fois qu'ils consentent un crédit au locataire d'un fonds, ils commettent une imprudence. Une trop large publicité aurait de graves inconvénients ; elle a été écartée pour les nantissements de fonds de commerce ; elle doit l'être aussi pour les locations.

Il ne serait pas souhaitable non plus de prescrire l'envoi d'avis aux fournisseurs habituels du fonds. Une telle mesure serait difficile à mettre en pratique, et par suite à sanctionner, car il faudrait déterminer quels sont les fournisseurs habituels. De plus, outre la publicité prescrite, ceux-ci sont avertis par le changement de personne qui s'est produit à la tête de l'exploitation du fonds.

La publicité dans les journaux d'annonces légales n'est, sans aucun doute, que la publicité d'un jour ; elle a une efficacité restreinte dans l'espace comme dans le temps, car elle touche peu de personnes ; elle s'oublie vite et peut difficilement être consultée au bout de quelque temps par ceux-là même qui en connaissent l'existence ; le fournisseur qui traitera par la suite avec le locataire peut ne pas avoir remarqué l'insertion parue dans les journaux. C'est pourquoi il est opportun de l'assortir d'une publicité permanente. Toutefois, elle n'est pas inutile ; si elle n'atteint pas les fournisseurs futurs du locataire, elle atteint les fournisseurs actuels du propriétaire, qui sont avertis de la véritable nature du contrat passé.

M. P. Raynaud (11) propose de donner au contrat de location la plus large publicité possible ; il reconnaît que cette solution serait « spécifiquement civiliste et inadaptée aux besoins de la vie commer-

(11) RAYNAUD : *Revue générale de droit comm.* 1939, p. 786.

ciale... car elle a pour effet de couper pratiquement le crédit du locataire ».

« Nous avouons, poursuit cet auteur, ne pas beaucoup regretter la disparition éventuelle de nos mœurs commerciales de ces contrats douteux et clandestins, qui n'ont le plus souvent d'autre but que de tromper le fisc et les tiers de bonne foi. »

M. P. Raynaud est sévère pour le contrat de location qui, pourtant, présente une utilité incontestable.

La doctrine et le législateur avaient écarté une publicité trop large du nantissement parce que ces formalités auraient porté une atteinte trop grave au crédit du commerçant (12).

2° Sanctions du défaut de publicité :

Le projet élaboré par la Société d'Etudes Législatives (13) prévoyait les sanctions suivantes : « Toutes les formalités qui précèdent devront être remplies dans le délai d'un mois, à peine de nullité des conventions à l'égard de tous intéressés autres que les parties contractantes.

« En outre, tant que lesdites formalités n'auront pas été remplies, le propriétaire restera responsable solidairement avec le locataire du fonds des actes faits et des obligations contractées par ce dernier. »

Le mot de « nullité » indiqué dans le projet a été remplacé par le mot d'« inopposabilité », car les conventions, avait-on remarqué au cours de la délibération, ne seront pas définitivement nulles, mais plutôt inopposables aux tiers jusqu'à l'inscription, si celle-ci n'a lieu que dans un délai dépassant un mois.

A notre avis, on ne devrait prévoir pour le défaut de publicité au Registre du Commerce que les sanctions prévues par la loi du 18 mars 1919.

La formule à employer devrait exprimer clairement le résultat désiré, et qui est le suivant : Le propriétaire qui n'a pas publié le

(12) Cf. *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1903 (2^{me} partie), p. 224 et s.

(13) *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1936, p. 61.

contrat sera tenu, en cas d'insolvabilité du locataire envers les créanciers de ce dernier, à moins qu'il ne prouve que les créanciers connaissaient la situation véritable.

L'originalité du texte proposé serait de considérer de plein droit comme une faute le fait de n'avoir pas effectué les formalités requises; ainsi, le propriétaire serait considéré comme solidairement responsable. M. Solus (14) a critiqué fortement cette solidarité qu'on voulait mettre à la charge du propriétaire, car ce serait une aggravation considérable de sa situation. Cet auteur avait proposé de mettre la publicité à la charge du propriétaire seulement, et non de la laisser à la diligence de l'une ou de l'autre des parties, pour attirer l'attention sur la grave responsabilité encourue. Sinon, le propriétaire pourrait se décharger de la publicité sur le locataire, et si celui-ci est de mauvaise foi, il se gardera bien d'effectuer la publicité requise. La solidarité a l'inconvénient de créer un circuit de recours que le législateur s'est, en général, efforcé d'éviter. Un membre de cette société a, pour cette raison, proposé de subordonner l'action contre le propriétaire à la preuve de l'insolvabilité du locataire.

Quand un propriétaire vend son fonds de commerce, remarque M. Solus (15), il n'est pas dans le régime actuel, malgré le défaut de publicité de la vente solidairement responsable de toutes les dettes contractées par son successeur; cette solidarité a l'inconvénient de grouper sous un faisceau unique une dette contractuelle et une dette délictuelle.

S'il n'y a pas disproportion entre la sanction et le préjudice causé, il y a disproportion entre la sanction et l'obligation et l'admission du projet serait, souligne le même auteur, une nouvelle manifestation de la tendance à la socialisation du droit.

Aussi, proposons-nous de limiter la responsabilité du bailleur au fonds, en cas de défaut de publicité.

Le législateur, pour rendre plus efficace l'obligation de publier, devrait prévoir contre le locataire qui ne le remplirait pas des sanc-

(14) SOLUS: *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1936, p. 65.

(15) SOLUS: *Bulletin Soc. Et. Législ.*, p. 70.

tions analogues à celles qui existent en matière de vente ; ainsi, à défaut de publicité, le paiement des loyers effectué par le locataire serait inopposable aux créanciers du bailleur qui pourraient exiger un nouveau versement entre leurs mains.

§ 3. — *Organisation du dépôt de garantie ou cautionnement*

Le remède consisterait à donner au dépôt de garantie versé par le locataire son développement le plus complet (16) :

« Le dépôt de garantie peut remplir une double fonction : la première consiste à protéger le bailleur contre la dévaluation du fonds pouvant résulter d'une mauvaise gestion. La deuxième fonction est distincte de la précédente, mais loin de l'exclure elle se combine et se concilie avec elle. Il s'agit d'affecter le dépôt à la garantie des créanciers du locataire-exploitant ; les créanciers auront un droit sur la somme déposée, car à la différence du fonds lui-même cette somme figure dans le patrimoine de leur débiteur. Il appartient alors au bailleur d'exiger un dépôt de garantie suffisamment important pour inspirer aux créanciers autant de confiance que s'ils avaient fait crédit en considération du fonds. »

Souvent, le locataire ne pourra pas fournir, pour inspirer confiance à ses créanciers, de dépôt de garantie suffisamment élevé. Ce dépôt pourrait devenir, sans aucun doute, un « instrument de crédit apte à protéger le fonds contre une crise de confiance amenant à brève échéance la dépréciation du fonds, risque auquel le fonds est exposé, indépendamment du fait de l'exploitant par le mode spécial de faire valoir que réalise juridiquement le contrat de bail ».

On accordera d'autant plus de confiance au locataire que le chiffre du dépôt de garantie sera plus près de la valeur vénale du fonds. Toutefois, il existe une limite à l'augmentation du dépôt de garantie : c'est qu'à partir d'un certain chiffre le locataire éventuel aurait plus d'intérêt à acheter le fonds qu'à le prendre en location.

(16) VOIRIN: *Revue Trimestrielle* 1931, p. 307.

Il serait opportun de mentionner le montant du dépôt de garantie dans la publicité du contrat de bail ; ainsi, ce dépôt étant connu des tiers remplira efficacement sa fonction. Il faudra lui donner la même publicité à l'expiration du bail pour permettre aux créanciers du locataire sortant de pratiquer en temps utile leurs oppositions sur la somme sujette à remboursement. Le propriétaire du fonds sera, s'il est lui-même créancier de son locataire, dans la même situation que les autres créanciers ; il prendra ainsi une part d'ailleurs bien légère du risque de l'exploitation, mais ce sera normal, car le crédit de l'exploitation sera mieux assis.

« Le bail du fonds de commerce ne sera viable qu'à la condition de ménager au locataire le même crédit qu'à un propriétaire exploitant, et puisque ni le bailleur, ni par conséquent le fonds ne répondent des dettes du locataire lorsque le bail a été publié, il importe de substituer à ces éléments défaillants un élément nouveau qui pourrait prendre son siège dans le dépôt de garantie, et dont il suffirait de développer et d'affiner les fonctions par une technique adéquate. » (17).

Le dépôt de garantie a l'inconvénient d'immobiliser une somme parfois élevée et qui serait susceptible d'être utile au financement de l'exploitation du fonds. La solution proposée par M. Voirin présente cependant, du point de vue pratique, un grand intérêt.

§ 4. — *Exclusion des marchandises des stipulations du bail*

Le créancier du locataire d'un fonds est à peu près dans la même situation que le créancier chirographaire d'un propriétaire dont le fonds est nanti pour une somme qui absorbe toute sa valeur.

Aucun des deux ne peut compter sur le prix de vente du fonds pour se faire payer.

Comment se fait-il que le propriétaire du fonds nanti puisse encore trouver du crédit ? La raison en est qu'il existe un élément

(17) VOIRIN, *op. et loc. cit.*

du fonds qui se trouve en dehors du nantissement, et sur lequel les créanciers chirographaires peuvent légitimement compter en cas de vente ; cet élément est constitué par les marchandises.

Les créanciers chirographaires « ont forcément confiance dans les marchandises » (18).

Il conviendrait de réserver le même élément dans un fonds loué. Le législateur rendrait sans effet, vis-à-vis des créanciers du locataire toute clause, même publiée, attribuant au propriétaire le stock existant à la fin du bail.

La clause n'est pas nulle ; elle pourra jouer si les créanciers l'acceptent. C'est l'exclusion des marchandises du nantissement qui a permis à cette institution, accueillie avec méfiance à ses débuts, de fonctionner avec de bons résultats et sans paralyser le crédit du propriétaire de fonds nanti.

§ 5. — *Continuation du bail en cas de faillite du locataire*

Nous avons vu combien la faillite du locataire risquait de porter atteinte aux droits des créanciers ; ceux-ci, en l'état actuel de la loi, ne peuvent pas empêcher la résiliation du contrat de bail du fonds. Pourtant, ils pourraient avoir intérêt à ce que l'exploitation continue, si leur débiteur a été malheureux, mais de bonne foi. Le propriétaire du fonds, lui, court le risque de voir son fonds se déprécier ; il serait excessif d'exiger, de la part des créanciers, qu'ils versent un cautionnement pour garantir la valeur de ce fonds. Aussi, il pourrait intervenir à l'assemblée des créanciers un vote spécial qui déciderait si l'exploitation doit ou non continuer. Le propriétaire, qu'il soit ou non créancier de redevances échues, produirait dans ce vote pour la valeur de son fonds de commerce, car, en mettant les choses au pire, il risque de voir disparaître la totalité de la valeur de ce fonds si l'exploitation est défectueuse.

(18) PERCEROU: *Bulletin Soc. Et. Législ.* 1903 (2^{me} partie), p. 233.

Pour les redevances futures, il sera créancier de la masse. Cette mesure serait en quelque sorte une transposition de la loi du 20 février 1872 au domaine du bail de fonds de commerce.

Nous verrions très bien une disposition spécifiant que le propriétaire d'un fonds exploité par un prête-nom peut être mis en faillite en même temps que ce dernier, et qu'il encourt les déchéances de la faillite ; ce ne serait qu'une application du droit commun, mais cette disposition aurait l'avantage d'inspirer quelque crainte aux propriétaires désireux de recourir à ce mode d'exploitation.

Le bail du fonds de commerce serait un retour à la conception féodale de la propriété en domaine utile et en domaine éminent (19).

Nous ne partageons pas cette opinion, car le locataire n'a qu'un droit personnel, et non un droit réel ; il ne peut pas aliéner le fonds de commerce, le donner en nantissement ; le plus souvent, il ne peut même pas céder son droit d'exploiter le fonds, car ce droit dérive d'un contrat conclu *intuitu personæ*.

La conception de M. Ripert (20) paraît, au contraire, être celle de l'avenir. D'après cet auteur, pour comprendre la nature du contrat de location de fonds de commerce, il convient de rechercher les caractères propres de ce bien spécial, le fonds de commerce : « On ne saurait considérer la propriété d'un fonds de commerce comme la propriété d'un bien corporel, et il ne suffit pas de dénommer ce contrat location pour le traiter comme un louage ordinaire. La propriété des biens corporels se conçoit séparée de l'exploitation, car le droit tire sa valeur du fait que ces biens sont en quantité limitée. Ils ont une valeur alors même qu'ils ne sont pas exploités à raison de la possibilité d'une jouissance et d'une exploitation futures. On ne voit pas bien, au contraire, comment on peut, pour un fonds de

(19) Voir GUILHOT : *Semaine Juridique* 1931.261.

(20) RIPERT, note D.P. 1940.1.5.

commerce, concevoir une propriété séparée de l'exploitation. Le fonds considéré en lui-même, et en dehors des éléments corporels qui s'y rattachent, est essentiellement le droit de retenir et d'exploiter une clientèle. Si l'exploitation cesse, le fonds disparaît. Quand le propriétaire concède le droit d'exploitation, c'est exactement comme s'il faisait une cession temporaire avec réserve du droit de disposer. Il faudrait parler ici, comme dans la propriété industrielle, d'une licence d'exploitation. Cette licence d'exploitation de fonds de commerce la loi ne la prévoit pas. C'est la pratique qui l'a créée sous le nom de location. »

Un auteur (21) assimile le droit d'exploiter un fonds de commerce aux droits intellectuels ; ces droits, d'ailleurs, se ramèneraient tous au droit d'atteindre une certaine clientèle.

L'objet de notre travail était essentiellement pratique, mais il était indispensable de faire état des nombreuses discussions théoriques qui se rattachaient à notre sujet.

Les solutions que nous avons proposées s'inspirent de nécessités nées de la vie courante.

Si, quelquefois, dans le domaine de l'exposé des théories, nos affirmations ont pris une tournure dogmatique, c'est que notre opinion coïncidait avec celle d'auteurs dignes de foi.

Sans doute, le problème de la responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les créanciers de leur locataire perdra de son importance, à mesure que la pratique se familiarisera avec un contrat encore presque inconnu il y a quelques années. Il est cependant nécessaire que le législateur vienne remédier aux hésitations jurisprudentielles et combler la lacune existant dans le système des garanties accordées au créancier de l'exploitant d'un fonds de commerce.

(21) ROUBIER : « Droits intellectuels et droits de clientèle » (*Revue Trimestrielle* 1935, p. 251 et s.).

Après avoir perdu de son actualité pendant quelques années, cette question risque de reparaitre à une époque assez rapprochée, car il ne faut pas oublier qu'elle est née et s'est développée pendant des périodes de crise.

Les questions relatives aux fonds de commerce représentent une utilité sociale incontestable.

La location de fonds peut constituer, dans une certaine mesure, un facteur de réconciliation du capital et du travail, car il permettra à des employés ou à des ouvriers de sortir de leur situation précaire et de s'élever du salariat au patronat.

Les fonds de commerce ne représentent pas les grosses affaires ; ils représentent la classe moyenne qui constitue le principal élément de stabilité sociale. C'est pour cette raison que le législateur n'a cessé de faire preuve de sollicitude envers les propriétaires de tels biens.

Les capitalistes moyens rechercheront, dans l'achat de fonds de commerce pour les louer, un moyen de placement sûr.

La location de fonds est destinée à prendre une extension considérable, le législateur se doit de la favoriser.

Vu et permis d'imprimer,

Aix, le 15 juin 1942.

Pour le Recteur, le Doyen délégué :

B. RAYNAUD.

Vu le Président de thèse :

Aix, le 15 juin 1942.

H. CABRILLAC.

Vu le Doyen :

Aix, le 15 juin 1942.

B. RAYNAUD.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE	9

INTRODUCTION

§ 1. Comment se pose le problème	13
§ 2. Evolution du problème	16

PREMIÈRE PARTIE

Examen du problème d'après la nature juridique du contrat de location

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique du contrat de location et ses conséquences entre parties

SECTION I. — Etude du contrat de location	27
§ 1. Différences avec la gérance salariée	27
§ 2. Différences avec le contrat de société	36
§ 3. Différences avec le bail de local commercial	41
SECTION II. — Conséquences de la location entre parties	47
§ 1. Perte de la qualité de commerçant du propriétaire	47
§ 2. Exonération contractuelle du propriétaire des risques de l'exploitation	49
1 ^o Espèce jugée par la Cour de Paris (Ch. des référés), le 24 juin 1929	49
2 ^o Raisons de l'exonération de principe du bailleur de fonds de commerce	52
A) Exonération à raison des délits et quasi-délits du locataire	53
B) Exonération à raison des engagements contractuels du locataire	54

CHAPITRE II

Situation des tiers en face du contrat de location

	PAGES
SECTION I. — Droits des créanciers du locataire sur les éléments du fonds	61
SECTION II. — Dangers du contrat de location. — Exploitation par prête-nom	64
SECTION III. — Répercussions du contrat de location à l'égard des créanciers du locataire	68
§ 1. Répercussions du contrat de location pure et simple	68
§ 2. Répercussions du contrat de location-vente à l'égard des tiers	80

DEUXIÈME PARTIE

Recherche d'un fondement juridique à la responsabilité du propriétaire dans la loi du 17 mars 1909

CHAPITRE PREMIER

<i>Théorie de l'action directe</i>	89
------------------------------------	----

CHAPITRE II

Théorie de l'action réelle de l'obligation propter rem ou du droit de gage spécial

SECTION I. — Exposé de cette théorie	95
SECTION II. — Arguments invoqués en faveur de la théorie de l'action réelle, de l'obligation <i>propter rem</i> ou du droit de gage spécial	102
§ 1. Existence d'un passif propre au fonds	102
§ 2. Notion de confiance au fonds	106
§ 3. Argument tiré de la lettre de l'article 18	112
§ 4. Extension du droit applicable en cas de location de navire ..	113
§ 5. Frais faits pour la conservation de la chose	121
SECTION III. — Réfutation de la théorie de l'action réelle	122

CHAPITRE III

<i>Interprétation de M. Montier</i>	133
-------------------------------------	-----

CHAPITRE IV

<i>Portée exacte de l'article 18 de la loi du 17 mars 1909</i>	139
--	-----

TROISIÈME PARTIE

Recherche d'un fondement juridique à la responsabilité du propriétaire d'après les principes généraux du droit

CHAPITRE PREMIER

Action contre le propriétaire fondée sur l'enrichissement sans cause

	PAGES
SECTION I. — Théorie de l'enrichissement sans cause appliquée à notre sujet	149
SECTION II. — Réunion des conditions nécessaires à l'exercice de l'action <i>de in rem verso</i>	156
SECTION III. — Le contrat de location, juste cause d'enrichissement ..	167

CHAPITRE II

Action fondée sur une faute du propriétaire

SECTION I. — Sources de la publicité	181
§ 1. La loi et la publicité du contrat de location	181
§ 2. Publicité prescrite par les usages sanctionnés par la juris- prudence	188
A) Force obligatoire	189
B) Valeur juridique	193
§ 3. La publicité du contrat de location de fonds et les arrêts de la Cour de Cassation du 6 déc. 1938 (Ch. des Req.) et du 22 février 1939	198
§ 4. Forme de la publicité actuelle	200
SECTION II. — Défaut de publicité. — Nature de cette faute lorsqu'elle a été retenue	201
SECTION III. — Négligence des créanciers du locataire	208
SECTION IV. — Fautes indépendantes du défaut de publicité	210

CHAPITRE III

Action fondée sur l'erreur commune et l'apparence

SECTION I. — Intérêt de la théorie de l'erreur commune et de l'appar- ence	214
---	-----

	PAGES
SECTION II. — Application de la théorie de l'apparence à la location occulte de fonds de commerce	220
§ 1. L'apparence et la responsabilité du propriétaire à raison des délits et quasi-délits de son locataire	220
§ 2. L'apparence et la responsabilité du propriétaire à raison des engagements de son locataire	223
A) Conditions nécessaires pour admettre la théorie de l'apparence	223
B) Possession apparente du fonds de commerce par le locataire. — Comparaison avec la situation de l'héritier apparent	225
C) Impossibilité d'étendre la théorie de l'apparence à la location occulte de fonds de commerce	230

CONCLUSION

Comment résoudre le problème sur le plan législatif

§ 1. Nécessité d'une intervention du législateur	237
§ 2. Publicité à prescrire	237
1° Organisation de cette publicité	238
2° Sanctions du défaut de publicité	243
§ 3. Organisation du dépôt de garantie ou cautionnement	245
§ 4. Exclusion des marchandises des stipulations du bail	246
§ 5. Continuation du bail en cas de faillite du locataire	247

